

---

JAIRO ANDRÉS CASTAÑO PEÑA\*

---

# **Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana\*\***

## **Economic Law Analysis and judicial activism: The case of the Colombian Constitutional Court**

### **SUMARIO**

Introducción. I. El activismo judicial. A. Concepto y clasificación. B. Un mercado de normas y de políticas públicas. II. Dos casos de activismo. A. El caso del UPAC - Financiación de la vivienda. B. El caso de los recicladores artesanales de la ciudad de Bogotá: políticas públicas y decisiones administrativas. Reflexión final.

### **RESUMEN**

Este escrito presenta una aproximación al fenómeno del activismo judicial desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED). Como cometido, pretende mostrar que existen una serie de incentivos y de circunstancias que hacen que las decisiones de la Corte Constitucional colombiana se puedan calificar como activistas. Para tal fin, en primer lugar, se establecen unos derroteros básicos para la comprensión de la actividad judicial, específicamente de las funciones de control de constitucionalidad y de revisión de acción de tutela de la Corte Constitucional de Colombia; en segundo lugar, se realiza un acercamiento al concepto de activismo judicial, para, a continuación, presentar la formulación de políticas públicas y la creación de leyes como productos dentro de un modelo de mercado, esto con el fin de explicar y mostrar, desde el Análisis Económico del Derecho, las razones que explican la existencia del fenómeno del activismo judicial en el caso colombiano. En último lugar, se presentan dos casos de activismo judicial por parte de la Corte

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Público de la misma universidad y Magíster en Análisis Económico del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Fundación Universitaria Ortega y Gasset. Candidato a doctor de la Universidad Complutense de Madrid. Contacto: [jairo.andres17@gmail.com].

\*\* Fecha de recepción, 19 de junio de 2013. Fecha de aceptación 3 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Castaño Peña, J.A. “Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista Derecho del Estado*, N° 31, 2013, pp. 119-160.

Constitucional colombiana: en primer término, el caso de la protección del derecho a la vivienda digna, o caso del UPAC, y en segundo término, el caso de la protección de los derechos de los recicladores de oficio; casos, uno y otro, donde se puede ver que existen incentivos que provocan decisiones activistas.

#### PALABRAS CLAVE

Activismo judicial, Análisis Económico del Derecho, control de constitucionalidad, Corte Constitucional, acción de tutela, acción de inconstitucionalidad, derechos económicos, sociales y culturales, políticas públicas, justicia constitucional.

#### ABSTRACT

This article presents an approach to the phenomena of judicial activism from an economic law perspective. Its purpose is to show that a series of incentives and circumstances exist, which make the decisions of the Colombian Constitutional Court resemble an activist nature. To this end, explanations are firstly given to outline basic judicial activity, particularly regarding the role of constitutional control and the review of the writ for the protection of fundamental rights from the Colombian Constitutional Court. An approximation regarding the concept of judicial activism is then explored, which precedes the production of public politics and the establishment of law as a product in an economic market model, in order to show the reasons why judicial activism exists in Colombia. To conclude, two judicial activism cases of the Constitutional Court are presented, firstly regarding protection of the right to adequate housing -UPAC-, and secondly regarding protection of waste pickers. These cases enable a clear understanding of the existence of incentives which spark activist action.

#### KEY WORDS

Judicial activism, Economic Law Analysis, constitutional control, Constitutional Court, writ for the protection of fundamental rights, unconstitutional action, social economic and cultural rights, public policy, constitutional justice.

#### INTRODUCCIÓN

Los tribunales constitucionales han cobrado un papel protagónico en los últimos tiempos. La idea de la existencia de una corte encargada de velar por el cumplimiento estricto de la Constitución representó una de las evoluciones más significativas para el derecho constitucional durante el siglo XX. Esta fi-

gura responde al cumplimiento del principio de supremacía constitucional, que pretende proteger el ideario político y jurídico que contiene la norma superior.

El modelo de control constitucional propuesto por Kelsen, también conocido como modelo concentrado de control de constitucionalidad, introducía una nueva figura dentro de la organización del Estado, a saber, un tribunal cuyo objetivo era vedar las leyes que estuvieran en contraposición con los postulados constitucionales. Esta labor consistía, fundamentalmente, en un proceso de subsunción de la ley en la Constitución como baremo de todas las normas existentes dentro de un ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, se concibió el tribunal constitucional como un mero legislador negativo, circunscribiendo su competencia a la expulsión de las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico a través de sentencias, por iniciativa de algunos órganos constitucionales<sup>1</sup>.

Sin embargo, el modelo kelseniano fue superado, y posteriormente se invistió a las cortes de la competencia de proteger los derechos fundamentales y, por esta vía, permitir que los postulados constitucionales fueran aplicados con inmediatez y eficacia.

Por otra parte, también existe un control constitucional que se ha denominado modelo difuso, de raigambre anglosajona, que consiste en que la competencia para estudiar la constitucionalidad de las normas recae sobre todos y cada uno de los jueces, es decir, se permite a todos los jueces inaplicar una norma que vaya en contra de la Constitución. Sin embargo, es necesario señalar que su fortaleza se basa en la existencia de la figura del precedente, que obliga a los jueces a tener en cuenta las decisiones que sobre un asunto similar se hayan dictado antes, debiéndose, en caso de apartarse de este precedente, justificar con suficiencia las razones del disenso<sup>2</sup>.

Colombia, por su parte, acogió un modelo mixto, es decir que existe un tribunal especializado, pero también existe la competencia de hacer control de constitucionalidad por vía de excepción por parte de todos los jueces. La Corte Constitucional de Colombia (en adelante, la Corte) fue creada por la Constitución de 1991 y se le confió la tarea de preservar la integridad de esta. Para desarrollar tal empresa se le otorgaron varias competencias, siendo sus funciones más importantes, foco de nuestra atención en esta disertación, el control de constitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos fundamentales mediante la revisión que ejerce como juez de cierre de las acciones de tutela<sup>3</sup>.

1 Cfr. TROPER, MICHEL. “Kelsen y el control de constitucionalidad”, en *Derechos y libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n° 4 (1995), pp. 307-332.

2 HIGHTON, ELENA I. “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I, ARMIN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y MARIELA MORALES ANTONIAZZI (eds.), Mexico D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.

3 JULIO ESTRADA, ALEXEI. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Sobre la primera función, no es posible perder de vista que el control de constitucionalidad que desarrolla la Corte recae sobre las leyes en general, desde las que tratan sobre limitaciones a la libertad, pasando por las que se dictan durante los estados de excepción, hasta llegar al control de la normas de carácter tributario y pasando por las que aprueban la suscripción de tratados de libre comercio con otros países. El ejercicio de esta tarea ha supuesto una participación activa de la Corte en la forma en que se cumplen las leyes, y en algunos casos en el proceso de formación de las mismas; así pues, decisiones con efectos modulados, interpretaciones obligatorias de las disposiciones, e incluso la formulación de políticas públicas, muestran cómo la actividad judicial ha presentado una *vis* expansiva, producto de las competencias y facultades que la Corte tiene para proteger la integridad del texto constitucional y de los derechos fundamentales.

Respecto de este control, es importante señalar que el ejercicio de esta competencia ha sido tildado por la doctrina, sistemáticamente, de activismo por parte de las cortes. Las principales críticas han sido enderezadas a dicha competencia en Estados Unidos, que por su naturaleza de Estado federal permite la existencia de múltiples conflictos sobre la validez de las normas; sin embargo, trasladar dichas críticas a un sistema como el colombiano es un desafío mayor por las considerables diferencias que guardan ambos sistemas.

Pese a que las decisiones de la Corte han sido objeto de elogios, también han sido duramente criticadas. Es más, muchas de ellas han producido reacciones en ambos sentidos. Los elogios enaltecen la protección a las libertades individuales, la protección de las poblaciones históricamente discriminadas y la defensa de los derechos sociales; mientras que las críticas se dirigen contra las decisiones que tienen un alto contenido económico, por ser decisiones de carácter progresista, entendiendo tales críticos que se trata de decisiones propias del legislador; estas decisiones son vistas, así, como una injerencia en las competencias de las otras ramas del poder público.

Ahora bien, dejando el tema de control de constitucionalidad de las leyes, corresponde mostrar las competencias en materia de protección de los derechos fundamentales. La Corte no ha sido modesta a la hora de evidenciar el poder de sus decisiones; nada más iniciar sus actividades, en 1992, expresó en una de las sentencias más importantes en materia de derechos fundamentales que “hoy, con la nueva constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”<sup>4</sup>. Esta afirmación proporcionaba un adelanto de los cambios que la Corte estaba dispuesta a hacer en materia de protección de los derechos.

Para Colombia ha sido fundamental la presencia de la Corte en el desarrollo del Estado Social de Derecho; es así como, gracias a la interpretación que

4 Corte Constitucional, Sentencia T-406/92.

este tribunal ha hecho de la Carta Política, se ha materializado la protección del derecho a la salud, permitiendo su protección mediante acción de tutela<sup>5</sup>.

Para poner otro ejemplo, en materia de formulación de políticas públicas, respecto de la población desplazada por el conflicto armado, la Corte observó la necesidad de proteger de manera sistemática los derechos de dichas personas; en ese sentido, reconoció la necesidad de crear unos protocolos para la atención de dicho grupo, y en esa medida asumió el liderazgo, desde el punto de vista institucional, para lograr la protección de esa población mediante decisiones judiciales<sup>6</sup>.

En esa misma línea se encuentran decisiones que protegen a la población indígena<sup>7</sup>, órdenes para proteger la dignidad humana en las cárceles del país<sup>8</sup>, o bien órdenes para la construcción de obras públicas<sup>9</sup>.

Estos son solo algunos ejemplos que permiten observar la importancia que la Corte ha tenido en el desarrollo y cumplimiento de los derechos fundamentales y en la realización del Estado Social de Derecho.

Esta disertación parte del supuesto de que la Corte es de carácter activista, y a partir de este supuesto pretende demostrar que el comportamiento activista de la Corte obedece a una conducta explicable desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho (en adelante, AED). Es importante aclarar que el propósito de este artículo no es estudiar el impacto que las decisiones tienen en la economía del Estado, sino explicar el comportamiento de los miembros de la corporación y de la institución, utilizando la metodología propuesta por el AED.

Con el objeto de contextualizar este razonamiento, se presenta una aproximación al concepto de activismo judicial y una explicación económica de la existencia del activismo judicial, asimilando la producción de normas y de políticas públicas con el funcionamiento de un modelo de mercado.

Por último, y para sustentar este argumento, se explican dos casos donde la Corte ha sido calificada de activista: en primer lugar: un conjunto de decisiones de control de constitucionalidad que buscaban proteger el derecho de acceso a la vivienda digna; en este caso la Corte salvaguardó el derecho de los deudores del sistema hipotecario declarando inexequibles una serie de dispo-

5 Corte Constitucional, Sentencia T-760/08.

6 Corte Constitucional, Sentencia T-025/04.

7 Corte Constitucional, Auto 173 de 2012. Una de las decisiones de este auto es ordenar al Ministerio de Defensa Nacional la devolución del área que hace parte de un resguardo indígena donde funciona una escuela militar, en un periodo de máximo seis meses.

8 Corte Constitucional, Sentencia T-126/09, que ordena a la Alcaldía de Cartagena la ejecución de obras de mantenimiento en un centro penitenciario y ordena al Ministerio del Interior y de Justicia tomar las medidas pertinentes para la ejecución de la construcción de un nuevo centro carcelario, que ya estaba planeado, en un término de cuarenta y ocho horas.

9 Corte Constitucional, Sentencia T-418/10, que ordena a la Alcaldía de ARBELÁEZ la estructuración y ejecución de un plan para garantizar el acceso al agua potable de una comunidad rural.

siciones que le daban sustento legal a dicho sistema, entre otras disposiciones; en segundo lugar, se da cuenta de una serie de fallos proferidos con ocasión de una acción de tutela interpuesta por un grupo de recicladores artesanales que se sirven para su actividad de la recolección de basuras de la ciudad de Bogotá, donde la Corte ordenó a la Administración capitalina cumplir con la política pública formulada por la propia Corte en las providencias, y desestimó las acciones que la Administración había adelantado en ese sentido. En estos dos casos es posible observar las posibles injerencias de la Corte sobre las otras ramas del poder público, siendo además decisiones con repercusiones en materia económica.

A manera de conclusión, se muestra que el comportamiento activista de la Corte resulta explicable a través de un modelo de mercado, en donde se responde a las variaciones de la oferta y la demanda. En ese orden de ideas, este escrito intenta explicar que las decisiones judiciales han respondido a una serie de incentivos que provocan el activismo judicial, y que dada la existencia de ciertos factores es esperable que las decisiones judiciales no solo estén dirigidas a resolver conflictos concretos, sino que tengan un impacto significativo en la protección de los derechos y en la consolidación del Estado Social de Derecho.

## I. EL ACTIVISMO JUDICIAL

### A. *Concepto y clasificación*

El activismo judicial no es un concepto que se haya depurado en la doctrina actual, como veremos a continuación, es una fórmula que se ha utilizado de diversas maneras y para referirse a diferentes fenómenos, por lo cual es necesario tomar partido y tratar de dar una alcance específico a las palabras “activismo judicial”. Para lograrlo, presentaré varias citas que permitirán al lector hacerse una idea de lo que se ha entendido por activismo judicial, para luego explicar qué debe ser entendido por activismo judicial a lo largo de este texto.

Para iniciar es imperioso señalar que el uso de este término siempre ha sido una plataforma para criticar la actividad judicial. En este contexto el activismo judicial es un concepto que tiene varios alcances.

GREEN sostiene que han existido cuatro posturas respecto del fenómeno del activismo judicial, entendido entonces como: 1. Un error judicial grave, 2. Un resultado controversial o indeseable, 3. Cualquier decisión que anule una ley, o 4. Una combinación de las anteriores con otros factores. Concluye el autor descartando la validez de las tres primeras, y sostiene que las posturas más aceptables apuntan a combinar los elementos mencionados con otros factores<sup>10</sup>.

10 GREEN, CRAIG. “An Intellectual history of Judicial Activism”, *Emory Law Journal* 58, n° 5 (2009), p. 1208.

A su vez, GREEN propone una definición del activismo judicial “como el abuso de poder sin supervisión<sup>11</sup> que se ejerce fuera de los límites de la función judicial”<sup>12</sup>.

Otra definición la propone CABRILLO, quien defiende que el activismo se presenta cuando existen “decisiones de los órganos de la Administración de Justicia que van más allá de la estricta aplicación de la ley, para extender algunos de sus principios a situaciones nunca previstas por el legislador; y ante las que cabe, además, pensar razonablemente que el legislador no habría actuado en tal dirección en el momento de promulgar la norma”<sup>13</sup>.

Por otra parte, BOLICK sostiene: “El activismo judicial –entendido en el sentido de que los tribunales mantienen el poder legislativo y ejecutivo dentro del límite de la constitucionalidad– es esencial para la protección de las libertades individuales y la vigencia efectiva del Estado de Derecho”<sup>14</sup>.

El concepto de activismo judicial, en los casos de inexequibilidad de la ley, requiere de la idea de que los casos tienen una “respuesta correcta”; es decir, de antemano se conoce la respuesta que “debe” tener el caso planteado, y si la decisión no se ajusta a esa expectativa de corrección se califica como activista. Esto es así porque el ejercicio de expulsión de una ley del ordenamiento jurídico o la inaplicación de la misma, según el caso, es una actividad que juzga directamente la actividad legislativa, y en esa medida cuestiona las decisiones que toma el órgano de representación.

Sin embargo, en temas de raigambre constitucional no resulta tan claro que exista dicha respuesta, especialmente en sistemas como el colombiano donde algunos preceptos constitucionales tienen aplicación jurídica inmediata y donde la interpretación que se adopta de la Constitución y la ley debe ser sistemática y no solo con apego a la literalidad. De tal manera que la calificación de activismo ha sido empleada de manera exagerada respecto de muchas decisiones que simplemente han sido controversiales.

Por ejemplo, de esta idea se podría desprender que un cambio en la jurisprudencia o una nueva interpretación de una norma jurídica constituirían activismo judicial; así ocurriría cuando la Corte en sus sentencias interpreta o fija los alcances de una disposición y no simplemente expulsa del ordenamiento, tal como lo señaló en la sentencia C-334 de 2010, donde la Corte sostuvo:

11 Cuando el autor habla de “poder sin supervisión” lo hace refiriéndose a la fortaleza que tienen las decisiones judiciales y la independencia que tiene la judicatura, como el carácter vitalicio del cargo y la inexistencia de juicio político para los jueces en el sistema norteamericano.

12 Traducción propia.

13 CABRILLO, FRANCISCO. “Un análisis económico de la Administración de Justicia: ¿Qué maximizan los jueces?”, en *Derecho y economía*, Universidad San Martín de Porres, 2011, p. 2.

14 BOLICK, CLINT. “Viva el activismo judicial”, *Gaceta de los Negocios*, mayo de 2007.



... una disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimas constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuales algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento<sup>15</sup>.

Vemos pues que el concepto de activismo no es pacífico y que puede presentar muchas manifestaciones, desde decisiones que interpretan el sentido de una norma hasta órdenes a la Administración. Sin embargo, para efectos de este escrito se entenderá que hay activismo judicial cuando los jueces constitucionales toman decisiones que rempazan o subrogan en alguna medida la labor de las ramas ejecutiva y legislativa del poder público. La anterior definición no pretende abarcar el concepto, simplemente busca darle un alcance específico al lenguaje usado a lo largo del escrito para evitar expresiones equívocas.

Ahora bien, esta subrogación lleva aparejada una influencia sobre la economía del Estado, y este es el criterio para elegir los dos casos que se presentarán posteriormente; sin embargo, como ya se anunció, el propósito es analizar casos que han sido importantes, más que evaluar el impacto sobre la economía o las finanzas públicas. La Constitución establece que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, si bien es la rama ejecutiva la que tiene a su cargo la elaboración de los presupuestos y la ejecución de los mismos. Pues bien, si la dirección está a cargo del Estado, es natural que parte de la participación la tenga también la rama judicial, de lo contrario la Constitución la habría excluido de dicha función, por lo menos de manera tácita. En este sentido, es importante resaltar que la Corte Constitucional ha velado por la implementación de un modelo económico que resulte compatible con los postulados del Estado Social de Derecho, ya que la inclusión de cláusulas de contenido social fue uno de los grandes cambios que trajo consigo el nuevo texto constitucional<sup>16</sup>.

De acuerdo con lo anterior, el control de constitucionalidad de las leyes, incluyendo las de contenido económico, deviene en una competencia para dirigir la economía de forma compartida con las otras ramas del poder público y de una manera menos activa pero no menos importante. Una manifestación de lo anterior, se presentó en la sentencia C-776 de 2003, especialmente cuando la Corte analizó un cargo contra el establecimiento del impuesto al valor

15 Corte Constitucional, Sentencia C-334/2010.

16 FAJARDO, LUIS EDUARDO y JUAN CARLOS GUATAQUÍ. "La Corte Constitucional y la flexibilidad del mercado laboral", *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, 2, n° 3, julio-diciembre de 2000, pp. 80-103.



agregado (IVA) del 2% a todos los productos; y el planteamiento del problema a resolver se redactó con las siguientes palabras; “¿establecen los artículos 34 y 116 de la Ley 788 de 2002 impuestos contrarios a los principios de equidad y progresividad que rigen el sistema tributario dentro de un Estado Social de Derecho (arts. 363 y 95-9 C.P. en concordancia con el art. 1° de la C.P.)?”<sup>17</sup>. Es interesante notar que la Corte no se planteó el problema jurídico desde un punto de vista meramente formal respecto del curso de aprobación de las disposiciones, sino que examinó el fondo de la cuestión; es decir, es la misma Corte la que va a decidir el contenido de los principios de equidad y progresividad tributaria, y si es necesario en contravía de las decisiones tomadas por el parlamento; es más, en una de sus consideraciones, sostuvo que existen unos límites a la libertad de configuración legislativa en materia tributaria y estos límites ya han sido delineados en algunas de las sentencias previas que fueron citadas y sirvieron de fundamento a la decisión, de tal manera que la participación de la Corte como un elemento más del Estado en la dirección de la economía no es infrecuente<sup>18</sup>.

Las decisiones activistas han sido objeto de críticas severas; una de ellas es la falta de información o asimetría de información que los jueces pueden tener para tomar decisiones que son de la competencia de otras entidades; también ha recibido críticas por disminuir el debate democrático, ya que los miembros de la Corte no tienen origen democrático, que crea una responsabilidad política, y en esa medida parecen menos legitimados para tomar decisiones que deberían ser objeto de deliberación en órganos como el congreso, por ejemplo el modelo de distribución de la riqueza; y en último lugar, la crítica que proviene del mantenimiento de la seguridad jurídica.

A la necesidad de legitimidad democrática el juez RICHARD POSNER se refirió en estos términos: “Una diferencia institucional digna de consideración es la mayor utilización del proceso electoral para la selección de los legisladores que para la de los jueces. Ese proceso crea un mercado para la legislación en el cual los legisladores ‘venden’ protección legislativa a quienes puedan promover sus perspectivas electorales con dinero o con votos”<sup>19</sup>.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-776/2003.

18 Ante todo, es importante recordar que en la sentencia C-643 de 2002, la Corte estableció que la equidad, eficiencia y progresividad tributarias hacen alusión al sistema en su conjunto y en su contexto: “Estos principios constituyen los parámetros para determinar la legitimidad del sistema tributario y, como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Corporación, se predicen del sistema en su conjunto y no de un impuesto en particular”. También ha expresado esta corporación, en la sentencia C-183 de 1998, que “la Corte, como guardiana de la estricta sujeción del poder tributario a los mandatos constitucionales debe asegurarse [de] que el sistema tributario, en su conjunto y en las leyes que lo integran, se informe en los principios de justicia y equidad, los cuales se concretan en las reglas y fórmulas de reparto de la carga tributaria y en la adecuada distribución del gasto público”.

19 POSNER, RICHARD A. *El Análisis Económico del Derecho*, trad. EDUARDO L. SUÁREZ, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000.

Ahora bien, respecto de la asimetría o falta de información, hay que tener presente que este inconveniente posiblemente puede ser superado, es decir que los jueces pueden llegar a informarse de manera suficiente antes de tomar una decisión; es más, el sistema legal prevé dicha situación y permite a los jueces acudir a auxiliares de la justicia, como lo son los peritos que sirven para ilustrar al operador judicial a fin de que tome sus decisiones con información suficiente; sin embargo, los costos de obtener dicha información para una Corte son más altos que para una entidad especializada en la materia de que trate el problema planteado; en este orden de ideas, la obtención de la información por parte de una Corte resulta ineficiente, ya que existe una forma de conseguir el mismo resultado utilizando menos recursos.

Otra crítica al activismo judicial tiene que ver con la redistribución de la riqueza a través de las cortes. Este ha sido un tema que ha tenido aproximaciones desde el AED; así, COOTER afirma que existen varias razones que explican por qué la redistribución mediante cortes es costosa. Sostiene que la primera razón es que los costos de transacción de los juicios son más altos que otros medios de redistribución como los impuestos indirectos; otra de las razones que esgrime el autor es que la redistribución debe ser una actividad sistemática y no depender de los juicios, que por su misma naturaleza son esporádicos; una tercera objeción consiste en la incapacidad que tienen las cortes para predecir la incidencia de la política de redistribución que se formule en la decisión; y la última consideración dice que una corte que incluya dentro de sus metas la redistribución de la riqueza pondría en tela de juicio la objetividad de sus decisiones y comprometería su independencia e imparcialidad. A manera de conclusión, Cooter señala:

Estos hechos sugieren que las cortes, sean lo que sean, no deben ser la rama redistributiva del gobierno. La consecución de la equidad social por las cortes, entendida como una justa redistribución de los recursos a través de las clases económicas, se debería restringir a establecer criterios a los que se adhieran sus decisiones, como sucede con los impuestos progresivos. Este argumento implica que el derecho consuetudinario no adopta una idea de distribución del ingreso. Si semejante visión se pudiera comprobar, no sólo sugerir, como se ha hecho aquí, explicaría por qué los modelos económicos del derecho están convenciendo de que se debe tomar como punto de partida la eficiencia de Pareto y la distribución del ingreso históricamente dada, en vez de toma una distribución ideal del ingreso<sup>20</sup>.

Respecto del caso colombiano sería miope trasladar estas críticas sin hacer ninguna clase de defensa o de presentar un contexto que permita entender el

20 COOTER, ROBERT D. “La mejores leyes correctas: Fundamentos axiológicos del análisis económico del derecho”, en *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*, ANDRÉS ROOMER (ed.), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 152-153.

fenómeno desde otros ángulos. LÓPEZ MEDINA, al describir desde el punto de vista filosófico las transformaciones que ha tenido el derecho lo explica en las siguientes palabras:

Frente a la experiencia formalista “pura” en la que la decisión judicial expresa de manera “neutral” un mandato legal, la Constitución de 1991 trató de volver visibles los reclamos jurídicos de una población desposeída que no registraba adecuadamente en la estructura tradicional del derecho legocéntrico. La Corte Constitucional comprendió que parte de su misión, por mandato constitucional explícito, consistía en canalizar reivindicaciones o reclamos que no podían ser tramitados adecuadamente a través del derecho legislado existente. Las lagunas que el derecho civil tradicional generaba eran enormes: por eso el derecho constitucional recogía ahora todo tipo de reclamos, demandas y reivindicaciones que no podían ser categorizados en los conceptos tradicionales de derecho común: la personas y su estado civil, la propiedad y demás derechos reales, la sucesión por causa de muerte, o las obligaciones y los contratos<sup>21</sup>.

Sin perder de vista lo anterior, se han identificado varios tipos de posiciones respecto del comportamiento de los jueces, especialmente en Estados Unidos; así, de una parte se encuentran los “interpretativistas estrictos u originalistas”, que constituyen un grupo conservador que propone que se debe seguir el tenor literal de la Constitución; una segunda postura, que también pretende ser antiactivista, conocida como “no-interpretativismo moderado”, sostiene que la última palabra la debe tener el legislador y practica la autorrestricción por el hecho de estimar que los jueces no tienen origen democrático ni responsabilidad ante los electores; de otro lado están los activistas, y en primer lugar los “interpretativistas moderados”, a cuya cabeza se encuentra DWORKIN, que favorece la idea de que el juez todo lo puede, y de que el mismo debe consultar el ordenamiento jurídico aunado a la filosofía moral y a la política para tomar sus determinaciones, siendo este juez quien debe buscar las mejores respuestas para el caso planteado, y entendiéndolo investido de un rol progresista; otro tipo de activismo, que se denomina “no-interpretativismo estricto”, defiende que cada generación debe interpretar la Constitución de acuerdo a su realidad, entendida la Carta como “Constitución viva”, siendo también esta una postura progresista<sup>22</sup>.

21 LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 445.

22 PISARELLO, GERARDO. “Reseña bibliográfica del libro ‘El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos’ de Javier Dorado Porras”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 2 (2000).

Retomando lo dicho por LÓPEZ MEDINA y PISARELLO, la Corte se puede encuadrar dentro del grupo de “interpretativistas moderados”, como una corte activista con características progresistas.

Sin embargo, las interpretaciones no son ajenas a la críticas, y al respecto el juez POSNER sostiene que las interpretaciones flexibles pueden generar problemas de principal-agente, en las siguientes palabras: “El lado malo es el conocido problema de los costos de agencia. Entre más general sea la disposición que va a interpretarse, y entre más flexible sea la interpretación permitida, más fácil será que el agente –intérprete– (en este caso la suprema corte) se desvíe de la ruta establecida por el principal (los constituyentes)”<sup>23</sup>.

Para concluir, podemos decir que el activismo judicial se presenta con la conducta de los jueces que, mediante sus sentencias, remplazan la actividad de otras ramas del poder ya sea ampliando las interpretaciones o generando órdenes positivas a otras ramas del poder, que por definición son independientes.

Este comportamiento puede ser analizado desde una perspectiva económica, trayendo elementos propios del AED para su estudio.

### *B. Un mercado de normas y de políticas públicas*

Para aclarar la cuestión sobre el activismo de la Corte es importante entender que las leyes y las políticas públicas son asimilables a productos, y que estos productos se ponen a disposición del mercado.

Un concepto de mercado que permite ilustrar esta idea es aquel según el cual se trata de un “conjunto de compradores y vendedores que a través de sus interacciones reales o potenciales determinan el precio de un producto o un conjunto de productos”<sup>24</sup>.

Como es bien sabido, en un mercado que funciona en condiciones óptimas, es decir, en competencia perfecta, no es necesaria la intervención de ningún agente externo, es más, estas intervenciones son consideradas como inadecuadas ya que alteran el perfecto equilibrio que proporciona el libre comportamiento de los agentes que participan en él. Sin embargo, no existen mercados que reúnan dichas características, habiendo siempre fallas que alteran el equilibrio, como los monopolios, las externalidades, la existencia de bienes públicos y la asimetría de información.

Extrapolando el concepto de mercado, podemos decir que las ramas ejecutiva y legislativa cumplen la tarea de producir dichos bienes, es decir que conforman la oferta, lo que en el concepto anterior de mercado corresponde a los vendedores. Por otra parte están los grupos de interés, por ejemplo,

23 POSNER, RICHARD A. *El Análisis Económico del Derecho*, trad. EDUARDO L. SUÁREZ, Mexico D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 578.

24 PINDYCK, ROBERT S. y DANIEL L. RUBINFELD, *Microeconomía*, Madrid, Pearson Hall, 2001, p. 8.

usuarios del sistema de salud, bancos, empresas y demás destinatarios de las normas que integran en conjunto la demanda de dichos bienes, vale decir, los compradores. Para los casos que se desarrollarán más adelante, la demanda la conforman en el primer caso los deudores hipotecarios y en el segundo caso los recicladores artesanales de Bogotá.

Para entender mejor este mercado es imperioso aclarar la naturaleza del bien en cuestión. La ciencia económica ha clasificado los bienes mediante dos criterios: rivalidad y exclusión. La rivalidad es una característica de los bienes cuyo consumo o uso por parte de alguien impide el acceso de otros: por ejemplo, el uso de una herramienta que solo admite un operador de manera simultánea, como un ordenador. Por otra parte, la exclusión hace referencia a la posibilidad de excluir del uso o acceso a dicho bien, ya sea por razones económicas o físicas: por ejemplo, el acceso a una vivienda, que requiere ser el propietario o pagar un alquiler para poder disfrutar del inmueble. Los bienes privados son rivales y excluyentes, mientras que los bienes públicos no reúnen dichas características; como ejemplo de bienes públicos se pueden mencionar la defensa nacional o el alumbrado público, cuyos beneficios son disfrutados por todos los habitantes del país protegido y por todos los transeúntes, respectivamente<sup>25</sup>.

Las leyes y las políticas públicas se pueden encuadrar dentro de los bienes públicos, es decir, no son bienes rivales y no son excluyentes. Lo anterior significa que el consumo de dichos bienes no impide a otros consumirlos, es decir, no son rivales y no es posible excluir a quienes no pagan por ellos, y además la población en general tiene acceso a los mismos; en resumen, el consumo de leyes y de políticas públicas no depende de que se pague a quien produce el bien.

Respecto de las fallas del mercado, a continuación se presentarán dos que afectan el buen funcionamiento del mismo: en primer lugar la existencia de un monopolio, en segundo lugar las externalidades.

### *Monopolio*

Un mercado que funciona de manera competitiva tiene diversidad de agentes en la oferta y diversidad de agentes en la demanda; esto permite que los precios de los bienes sean producto de la interacción de los agentes y que ninguno de ellos pueda cambiar significativamente el precio del bien en el mercado. Por ejemplo, en un mercado de leche, donde el bien que se negocia es homogéneo, es decir que todos los vendedores ofrecen la misma calidad, si un vendedor decide subir drásticamente los precios el único efecto que tendrá será una pérdida de clientes en su empresa, ya que los compradores preferirán comprar

25 KRUGMAN, PAUL. *Fundamentos de Economía*, Barcelona, Reverté, 2008, p. 259.

ese mismo bien, por un precio menor, a otro proveedor. Del mismo modo, un comprador que no esté dispuesto a pagar por el precio que se ha establecido por el mercado tendrá como efecto quedar excluido de este y no tendrá acceso al bien. En el contexto anterior los agentes son precio-aceptantes.

Sin embargo, y solo con el propósito de ilustrar la diferencia en el comportamiento de los agentes, si decimos que el mercado es de leche cruda, y que solo hay una empresa que tiene capacidad para pasteurizar, y por lo tanto es la única interesada en comprar ese producto, es evidente que los precios de la leche cruda serán fácilmente fijados por el único agente que consume, ya que el mercado no tiene una multiplicidad de interacciones para equilibrarse y llegar al precio óptimo. Del mismo modo, dicha empresa podría fijar el precio de venta de la leche pasteurizada ya que tampoco tendría un competidor y sería un monopolista.

Como es bien sabido, los monopolios aumentan los precios más allá del coste marginal de producción, ya que por la naturaleza de agentes maximizadores racionales, los monopolistas encuentran mayor beneficio alejándose de ese equilibrio que propone el mercado competitivo. Una solución que se plantea a la existencia de monopolios es la intervención del Estado mediante políticas públicas, y una segunda solución es la regulación de los precios del bien fruto de dicho monopolio<sup>26</sup>.

Ahora, si traemos lo explicado con el mercado de leche pasteurizada al mercado de leyes y de políticas públicas, podemos ver que aunque el bien es diferente, la situación de los productores de leyes y políticas públicas es similar a la del productor de leche pasteurizada, es decir, puede fijar los precios de manera libre. No obstante, dada la naturaleza del bien, la estrategia del monopolio no es solo aumentar los precios, ya que como estamos hablando de bienes públicos no existe ese precio perceptible monetariamente, una opción es producir menos cantidad de leyes y políticas públicas, ya que no hay suficientes incentivos para producir las cantidades y de las calidades que la demanda requiere. Lo anterior también puede ser explicado mostrando que un legislador o funcionario tiene exactamente los mismos beneficios produciendo o no la ley o política pública, y no habiendo mayor diferencia preferirá no hacerlo.

Hasta este momento podemos resumir lo explicado en las siguientes palabras: existe un mercado de carácter monopolístico donde participan dos agentes, de una parte el poder legislativo y el poder ejecutivo en su condición de productores y vendedores de un bien; y de otra parte, unos consumidores diversos que conforman la demanda y son quienes pagan por unos bienes que ya hemos explicado por qué se denominan bienes públicos. También expresamos que el beneficio que tienen los agentes productores es idéntico

26 COOTER, ROBERT y THOMAS ULEN, *Derecho y Economía*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 61.

cuando producen que cuando no producen el bien, y que es menos costoso no producir el bien que hacerlo.

Ahora bien, la pregunta natural que sigue es: ¿cuáles son esos incentivos que puede tener un legislador o funcionario para ocuparse de la producción de tales bienes?

La respuesta inicial a esa pregunta es la fidelidad y el cumplimiento de los compromisos durante las elecciones, es decir, cumplir con los objetivos fijados durante las campañas políticas y apuntar por la realización de la agenda política e ideológica de su partido. Sin embargo, la respuesta va mucho más allá de eso, y se convierte en una segunda falla del mercado, esto es, la corrupción como generador de externalidades negativas.

### *Externalidades*

Otra falla del mercado de leyes y políticas públicas reside en las externalidades. Una externalidad es una “acción de un productor o de un consumidor que afecta a otros productores o consumidores, pero que no se tiene en cuenta en el precio de mercado”<sup>27</sup>.

Las externalidades pueden ser positivas o negativas: las positivas son las que benefician al productor o consumidor y las negativas las que lo perjudican; el ejemplo clásico de externalidad negativa es la contaminación: en el caso de la contaminación del agua de un río que abastece a una población ribereña por parte de una fábrica, la contaminación es una externalidad ya que los ciudadanos que usan el agua para el consumo deben descontaminarla y pagar por ese proceso, pero el producto de la fábrica no refleja en su precio el costo de dicha contaminación. También para superar esta falla se propone la formulación de políticas públicas<sup>28</sup>.

Las externalidades son las consecuencias, es decir que la producción por sí misma no se puede considerar como una externalidad, pero el vertimiento de residuos sobre el río sí es una externalidad, y se califica como positiva o negativa dependiendo del efecto que produce dicho vertimiento: si la fábrica de la que venimos hablando vierte, por ejemplo, una cantidad de químicos que purifican el agua, será una externalidad positiva para la población ribereña, ya que abaratarán los costos de funcionamiento del acueducto; pero será negativa cuando haya que remediar la contaminación y el costo de purificar sea mayor al esperable.

Sin embargo, el problema para la economía no es la existencia de las externalidades sino la falta de internalización de las mismas, es decir, el problema es que la compañía que hace los vertimientos obtenga el beneficio de poder contaminar gratis, mientras su competidora posiblemente deba invertir en

27 PINDYCK y RUBINFELD, *Microeconomía*, cit., p. 65.

28 Cfr. COOTER y ULEN, *Derecho y Economía*, cit., p. 65.



tecnología para no contaminar, lo que hará que la primera empresa sea ineficiente pero saque una ventaja competitiva de la situación.

Teniendo presente la idea de externalidad, propongo que la corrupción genera externalidades negativas para el óptimo funcionamiento del mercado de leyes y de políticas públicas.

Las externalidades en el mercado de leyes y políticas públicas vienen dadas por las consecuencias electorales o favores políticos que se han pactado previamente con los grupos que apoyan a los candidatos durante las campañas, es decir, los productores del bien tienen que honrar compromisos adquiridos y en esa medida son los consumidores quienes asumen el precio de pagar dichos favores.

Sin embargo, antes de continuar vale la pena explicar qué significa corrupción, lo que, sin ser el objeto central de este escrito, resulta valioso para la comprensión de este aparte.

En su artículo de revisión, JAIN (2001, 73, énfasis añadido) declara que “*hay consenso en que la corrupción se refiere a actos en los que el poder del cargo público se usa para beneficio personal de una manera que contraviene las reglas del juego*”. En otro importante artículo de revisión de una revista de economía, AIDT (2003, F623, énfasis añadido) escribe: “La corrupción es un acto en el que el poder de un cargo *público* se usa para beneficio personal de una manera que contraviene las reglas del juego”<sup>29</sup>.

Como veníamos diciendo, resulta que la corrupción no es una externalidad, sino que es una conducta de los agentes que genera externalidades negativas para la población, ya que los destinatarios de las normas deben pagar por los favores particulares que reciben los productores del bien (representantes tanto del poder legislativo como del ejecutivo). Colombia es un país con altos niveles de corrupción, y en el año 2011 ocupó el puesto 80 en el índice mundial de corrupción<sup>30</sup>.

Ahora bien, la externalidad negativa tiene como consecuencias inmediatas el detrimento patrimonial de las arcas del Estado y el tráfico de influencias, hasta llegar al nombramiento de funcionarios incompetentes, familiares y amigos de los gobernantes, para cumplir con los favores electorales recibidos durante las campañas y elecciones.

Sin embargo, el fenómeno no para en este punto. Retomando la pregunta que se formuló antes de iniciar este apartado, sobre los incentivos que encuen-

29 HODGSON, GEOFFREY y SHUXIA JIANG. “La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: Una perspectiva institucionalista”, *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, 10, n° 18, enero-junio de 2008.

30 Cfr. Transparency Internacional. [<http://www.transparency.org/>], [<http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/>] (consultado el 22 de agosto de 2012).

tran los productores de las leyes y políticas públicas, la externalidad también tiene que ver con la actitud de producir leyes y políticas públicas en beneficio exclusivo de destinatarios específicos.

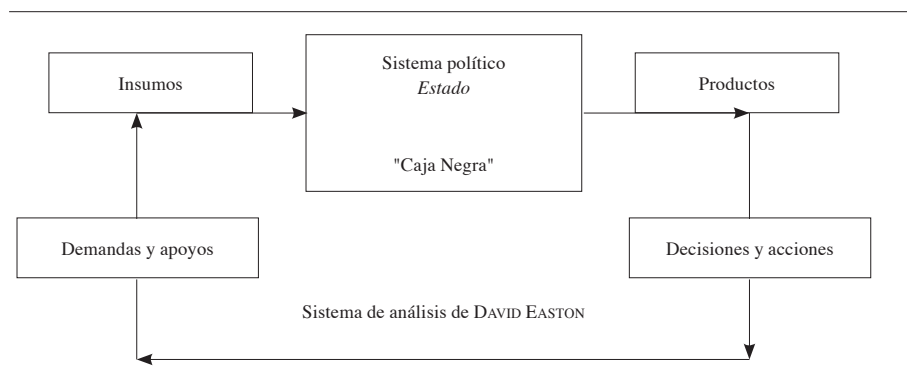
El establecimiento de exenciones tributarias, subsidios, reducción de estándares de calidad, disminución de requisitos de funcionamiento, son manifestaciones del control que se ejerce por parte de conglomerados económicos que, asociadas a los sobornos, logran una actividad vigorosa de las ramas ejecutiva y legislativa en beneficio de ellos mismos.

A manera de conclusión, existe un mercado de leyes y políticas públicas que funciona bajo el modelo de monopolio, donde los productores además generan externalidades negativas para los consumidores. Es decir, ponen en el mercado a un alto precio los bienes que producen, y los sobrecostos de la producción los debe pagar un tercero. Este puede ser un panorama exagerado, sin embargo, potencialmente está presente.

Ahora bien, la producción de leyes y de políticas públicas puede ser visto de la siguiente forma:

De manera general, para DAVID EASTON (1992), la ciencia política se podía explicar como un sistema circular en donde de un lado se tiene una serie de insumos (demandas y apoyos) que son transformados por el sistema político, en cabeza del Estado, en productos (decisiones y acciones); el siguiente gráfico (Gráfico 1) presenta una aproximación sencilla<sup>31</sup>:

GRÁFICO 1



31 PINZÓN CAMARGO, MARIO ANDRÉS. *La figura del Plan Nacional de Desarrollo: una interpretación desde el movimiento de derecho y desarrollo, y el Análisis de Políticas Públicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

Valiéndonos de este modelo, podemos inferir que esa caja negra está funcionando de manera defectuosa, ya que los productos no se compadecen con los insumos, los productos defectuosos simplemente aumentan las demandas.

De tal manera que un mercado que no puede garantizar la producción en las cantidades necesarias y de las calidades exigidas del bien debe ser intervenido por un regulador, especialmente se habla de bienes públicos. Ante este panorama, los demandantes de los bienes y servicios han apelado a buscarlos en otras instancias, es decir, por vía judicial.

La provisión de dichos bienes por vías judiciales tiene un precio muy alto, lo ideal sería que los productores naturales del bien lo pusieran a disposición de mercado, ya que desde el punto de vista de la eficiencia esto abarata los costos. Sin embargo, es importante señalar que los costos sociales de no hacer ninguna intervención y limitarse a resolver cada caso que se presente ante los tribunales son mucho más altos; en esa medida, puede ser mejor resolver cada caso de tal manera que los asuntos análogos puedan ser resueltos sin acudir a la jurisdicción, es decir, formulando una política pública u ordenando a la entidad resolver todos los casos de cierta manera. Por ejemplo, piénsese que la Corte resuelva caso por caso, cada uno por separado, los litigios de 200.000 deudores del sistema UPAC, o piénsese en el caso de los recicladores, que por su condición de población de especial protección requieren un tratamiento diferenciado por parte de las autoridades y son más difíciles de identificar de manera individual: en esa medida, la solución debe ser colectiva y no es posible satisfacer de manera individual a los miembros que conforman dicha demanda.

Regresando a los problemas del mercado, es necesario indicar que la forma de controlar la actividad de los monopolistas y de disminuir las externalidades negativas es a través de la formulación de políticas públicas y de intervención del Estado; por lo menos así lo plantea la teoría económica, como se vio. Sin embargo, en la analogía que venimos desarrollando ese papel de interventor que corrija los defectos del mercado estaría acéfalo; pese a ello, es posible ver que parte del papel de la Corte es hacer las veces de regulador de dichas anomalías del mercado.

La regulación por parte del tribunal constitucional consistiría en poner límites claros a los poderes legislativo y ejecutivo, ya sea declarando inexecutable las leyes y decretos o controlando que el poder ejecutivo desarrolle correctamente su labor, en este caso, atendiendo las demandas de los ciudadanos que recurren a la administración de justicia para satisfacer las necesidades de políticas públicas, como tradicionalmente lo ha hecho. Pero en tiempos más recientes la Corte ha exhortado al Congreso a regular materias con el fin

de garantizar la protección de derechos, e incluso somete sus “exhortos” a términos definidos<sup>32</sup>.

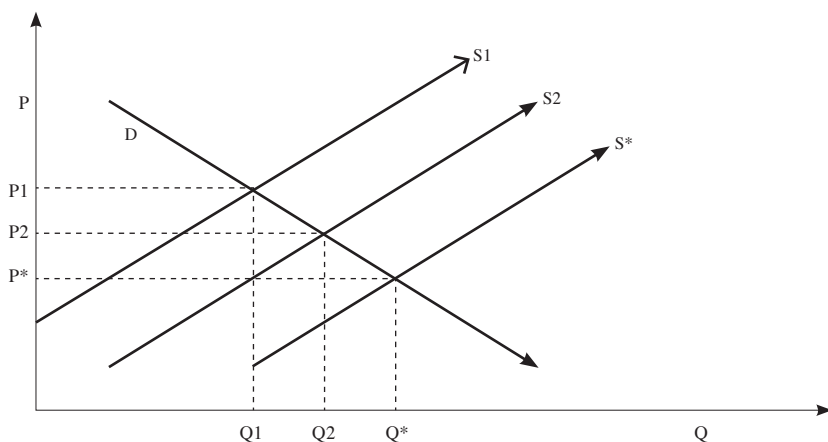
Sin embargo, esta regulación recibe una crítica recurrente, referida esta a la disminución de la seguridad jurídica que ahuyenta a los inversionistas y encarece las condiciones para hacer negocios, aumentando los costos de transacción ya que se incrementan los riesgos de participar en un mercado cuya seguridad jurídica es menor que en otro. Sin embargo, la seguridad jurídica, en casos como los que se traen a colación, no garantiza que se tomen las medidas más eficientes socialmente hablando; la maximización de los intereses de los inversionistas no necesariamente coincide con los intereses de la población. De tal manera que la seguridad jurídica, si bien es un valor constitucional que debe ser defendido, no puede comportar una sordera de los jueces constitucionales ante la necesidad de una ley o una política pública que satisfaga a los consumidores de dichas normas. Además, el sistema cuenta con acciones de carácter indemnizatorio para las afectaciones que sufran los derechos de particulares; es decir, la expropiación en un sentido económico no es un riesgo real, por lo menos en el sistema colombiano.

Por ejemplo, la ausencia de una política pública para mitigar el fenómeno de desplazamiento forzado que sufre el país (que se calcula según cifras oficiales en 3,7 millones de víctimas, mientras que agencias internacionales estiman una cifra superior a los 5 millones<sup>33</sup>) muestra la situación de producción de leyes y de políticas públicas por parte de los oferentes; este grupo de demandantes no tiene ninguna otra opción que acudir ante la jurisdicción constitucional para que los principios del Estado Social de Derecho sean realizados de alguna manera, y es en este punto donde los jueces constitucionales entran a llenar los vacíos que el mercado ha dejado. De tal manera que no es solo un problema de competencias legales: la ausencia de políticas públicas y de leyes impacta directamente en la población más vulnerable, y los costos sociales son a todas luces más altos que sacrificar la seguridad jurídica como principio absoluto.

A continuación se ofrece un gráfico que representa una demanda y tres ofertas:

32 Sentencia C-577 de 2011. La Corte Constitucional ha encontrado que hay un déficit de protección a las parejas del mismo sexo con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo del Código Civil que regula el matrimonio y ha exhortado al Congreso para que supere dicho déficit regulando la materia; si bien en el fallo se declara constitucional el artículo, se otorga una plaza de dos años para regular la cuestión, y en caso de que no se haga se aplicarán a las parejas del mismo sexo todas las reglas del matrimonio para superar dicho déficit.

33 ACNUR. [<http://www.acnur.org/t3/operaciones/situacion-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/>] (consultado el 24 de agosto de 2012).



El equilibrio de este esquema está expresado por el punto  $(P^*, Q^*)$ ; si la oferta que proporcionan el poder legislativo y el ejecutivo es  $S_1$ , el mercado no está en equilibrio y el activismo de la Corte estará representado por un punto  $(P_2, Q_2)$ . De tal manera que mientras que la oferta no permita encontrar el equilibrio, es decir, mientras no existan leyes y políticas adecuadas a las necesidades de dicha oferta, la fórmula de escape será acudir ante la jurisdicción para alcanzar los propósitos del Estado Social de Derecho. Vale la pena aclarar que no es suficiente la actividad judicial para llegar a dicho equilibrio, pero la Corte se ha acercado, por lo menos en los casos que presentaremos, al punto de equilibrio  $(P^*, Q^*)$ .

Por otra parte, respecto de los costos es importante mencionar que el gráfico también muestra el costo de acceso al sistema de producción, de tal manera que hoy para un grupo de interés es menos costoso lograr sus objetivos a través del sistema judicial que a través de los órganos de representación. Así pues,  $P_1$  solo estará a disposición de los agentes que tengan suficientes recursos para promover sus intereses en los órganos de representación y participar del mercado electoral del cual el juez POSNER hablaba en una cita anterior.

De tal manera que el acceso a políticas públicas es menos costoso, para la población en general, lograrlo a través del sistema judicial que por la vía de las ramas ejecutiva y legislativa, y en esa medida es un comportamiento racional que los agentes que participan de dicho mercado prefieran intentar una intervención judicial antes que un resultado producto de la representación política.

A continuación, y utilizando los elementos que hasta esta parte se han explicado, se presentan los casos anunciados desde la introducción.

### *Dos casos de activismo*

A esta altura, ya se han esbozado los conceptos de activismo judicial y se ha presentado una explicación del fenómeno desde el punto de vista del AED. Ahora se estudiarán los dos casos de activismo de la Corte que permiten comprender en qué medida esta es activista, cuál es el alcance de sus decisiones y por qué su actividad puede estar explicada.

En primer lugar, presentaré el caso de protección a la vivienda digna, donde se salvaguardan los intereses y derechos de los deudores de créditos hipotecarios; lo seleccioné por el amplio impacto que tuvo la intervención de la Corte en la economía y en las condiciones del sistema financiero. Si bien es un caso de hace 13 años, aún hoy estas decisiones son un parámetro para resolver litigios en curso. Este tema tiene varias aristas desde donde puede ser abordado, ya que como se presentará más adelante, desde el punto de vista de la intervención de un mercado de capitales su importancia era estructural, ya que la liquidez del sistema financiero estaba en riesgo, así como el empleo en el área de construcción, y sin olvidar el acceso a la vivienda de miles de deudores.

La intervención por parte de la Corte en este juicio se debió a una demanda de inconstitucionalidad, razón por la cual es imperioso hacer una referencia de la acción pública de inconstitucionalidad desde el AED.

En segundo lugar, expondré el caso de la protección de los derechos al trabajo de los recicladores de Bogotá: es un caso que presenta especial interés por lo reciente, pues, si bien inicia en el año 2003, las decisiones que se pueden apreciar como activistas están en el centro del debate político y mediático actual, siendo la última decisión de la Corte de abril de 2012. Esta intervención judicial pretendió proteger el acceso a las basuras de los recicladores artesanales, permitiendo la realización de su trabajo, y además puso en evidencia la necesidad de proteger a las personas que desarrollan dicha actividad dado su estado de vulnerabilidad económica y social, y por tanto la necesidad tomar medidas para restablecer sus derechos como sujetos de especial protección.

Atendiendo el mismo criterio del primer caso, se estudiarán las condiciones de la acción de tutela que explican por qué el activismo se presenta en este tipo de acciones.

Si bien es cierto existen otros casos significativos de activismo judicial, como lo son el caso del derecho a la salud y protección integral a la población desplazada, también lo es que los dos casos seleccionados permiten demostrar la hipótesis que se planteó al principio del texto.

## *El caso del UPAC - Financiación de la vivienda*

### *La acción pública de inconstitucionalidad*

La acción pública de inconstitucionalidad es una figura que ha estado presente en el ordenamiento jurídico colombiano desde antes de la Constitución de 1991, sin embargo, con la creación del tribunal constitucional como una corte independiente de las otras ha tomado especial relevancia.

Desde el punto de vista del AED, la existencia de esta acción se justifica por la necesidad de eliminar los problemas de principal-agente que se pueden presentar entre los votantes y sus representantes. Los problemas de principal-agente surgen como conflictos de intereses, donde el representante puede tomar las decisiones con un criterio diferente al beneficio de su mandatario (principal), que para este caso puede asimilarse al constituyente primario. Es decir, la creación de una acción de carácter judicial que permite a los ciudadanos cuestionar la constitucionalidad de una ley es una forma de control que se pone en manos de los ciudadanos para cumplir los fines y respetar los valores que el constituyente ha plasmado en la Carta. Los controles de este tipo buscan limitar los poderes del representante y disminuir los costos de reunir a los principales para que tomen una decisión que les beneficie más.

Otro aspecto relevante tiene que ver con los incentivos que encuentran los ciudadanos para acudir a esta acción, ya que los resultados tienen efectos generales y no solo individuales. Pues bien, los individuos para maximizar sus beneficios tratarán de liberarse del cumplimiento de la norma que les afecte, demandándola aun cuando esta se ajuste a la Constitución. De tal manera que la coherencia y la plenitud del ordenamiento son un fin secundario para los demandantes; pero esta motivación egoísta no le resta mérito a la figura, ya que el fin último se cumple a cabalidad.

En este orden de ideas, los costos para acudir al sistema político con el fin de remediar una situación desfavorable son muy superiores a los costos de utilizar una acción como la que se ha descrito. Condiciones desfavorables como la inexistencia de regulación para el *lobby*<sup>34</sup> y las asimetrías de acceso al sistema político incentivan el que los ciudadanos echen mano de la acción pública de inconstitucionalidad para lograr una respuesta de dicho sistema.

Para el caso que nos ocupa es importante ver cómo un sistema de uso masivo, como lo es el de crédito hipotecario, solo fue demandado por los deudores

34 La Ley 1474 de 2011 incluye dos artículos al respecto: en primer lugar, una prohibición para ejercer la actividad de lobista o cabildero a servidores públicos, hasta dos años después de su retiro del cargo; y en segundo lugar, el artículo 61, único del capítulo IV (“Regulación del *lobby* o cabildeo”), que dispone: “*Acceso a la información*. La autoridad competente podrá requerir, en cualquier momento, informaciones o antecedentes adicionales relativos a gestiones determinadas, cuando exista al menos prueba sumaria de la comisión de algún delito o de una falta disciplinaria”. Salta a la vista que no existe una regulación sobre el tema.



nueve años después de entrada en vigencia de la Constitución, no porque se hayan informado de la incompatibilidad entre la ley y la Constitución, sino como último recurso para proteger sus intereses.

### *El caso*

El caso se presentó a finales de la década de 1990; el sistema de financiación de vivienda diseñado en los años setenta había sufrido cambios drásticos con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la apertura económica que avalaba la Carta.

Para entender mejor la intervención de la Corte es necesario hacer mención del modelo de financiación inicial y de los cambios que lo hicieron insostenible, y en este punto señalar en qué consistió la intervención judicial.

La creación en 1970 del sistema de financiación de vivienda a través de Unidades de Poder Adquisitivo Constante (en adelante UPAC) ofreció una solución al problema de obtener crédito a largo plazo: “la esencia del UPAC consistió en permitir la capitalización del componente inflacionario de las tasas de interés por medio de la corrección monetaria”<sup>35</sup>. Para administrar el sistema se crearon las cajas de ahorro y vivienda (CAV), que pondrían a disposición del mercado el dinero de los ahorradores de dichas cajas.

El sistema UPAC ligaba los índices del crédito exclusivamente a la corrección monetaria; esto fue así hasta 1984, cuando se agregó a la fórmula para calcular las tasas de interés el factor inflacionario<sup>36</sup>, y posteriormente, en 1988, se agregó la Tasa de Depósito a Término Fijo (DTF) como ingrediente nuevo para ajustar el valor de cada unidad<sup>37</sup>.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se puso en duda la validez de dichos decretos, y mediante la Ley 31 de 1992 se le dio la competencia al Banco de la República para fijar la forma de calcular el valor del UPAC, pero reflejando el movimiento de las tasas de interés del mercado.

En resumen, antes el valor de crédito se contrataba en UPAC (que se ajustaba con la inflación) y se sumaba el interés remuneratorio de manera libre; con la reforma cada UPAC se ajustaría con la tasa de DTF más el interés remuneratorio<sup>38</sup>.

En 1999 se presenta una crisis económica mundial que obligaba a cambiar las tasas de interés ya que los movimientos de la economía asiática hacían insostenible el sistema de “banda cambiaria”; lo anterior condujo a un cre-

35 SALAZAR PÉREZ, MAURICIO. “Economía y fallo constitucionales: la experiencia colombiana”, en *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 834 y ss.

36 Decreto 1131 de 1984.

37 Decreto Autónomo 1319 de 1988.

38 MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *Constitución y vivienda. Estudio sobre la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en los sistemas UPAC y UVR*, Bogota, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.

cimiento galopante de las tasas de interés y por lo tanto a un aumento de los valores del crédito a niveles insospechados.

Por la misma época se registraba una alta tasa de desempleo, y además una depreciación del valor de los activos inmobiliarios, lo cual hacía que el valor de las garantías fuera menor que el valor del crédito<sup>39</sup>.

### *Las soluciones de la Corte*

La Corte conoció de las demandas de inconstitucionalidad incoadas por los ciudadanos contra las leyes que sustentaban el sistema UPAC.

Los ciudadanos estaban perdiendo poder adquisitivo; sus salarios crecían de acuerdo con la inflación pero el crédito lo hacía a una tasa superior, de tal manera que en 1991 la deuda representaba el 11% del total del ahorro de los hogares y en 1997 representaba el 47%. En esa medida un porcentaje mayor del ingreso debía ser destinado al pago de la deuda adquirida. La tasa real de colocación “pasó de 7.17% en 1972 a 0.21% en 1976. Fluctuó por debajo del 5% hasta 1981. En 1982 subió al 7.12% y fluctuó entre ese nivel y el 13.25% hasta 1987. Las tasas reales cayeron de nuevo y entre 1988 y 1990 se situaron entre 3.1% y 4.32%. Luego, entre 1991 y 1994 las mismas fluctuaron entre 7.8% y 12.3%. Finalmente, saltaron a niveles sin precedentes de 21.2% en 1995, 18% en 1996, 14.5% en 1997 y 20.13% en 1998”<sup>40</sup>.

Las daciones en pago no satisfacían el crédito; en ese orden de ideas, las familias que no podían honrar la deuda y decidían entregar los inmuebles a los bancos recibían respuesta negativa del banco, y fue necesario obligar a estos a recibir los inmuebles vía decreto legislativo<sup>41</sup>; en ese mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional al referirse a la obligación de recibir dichos inmuebles por parte de los bancos, sosteniendo que no era un asunto que se pudiera dejar al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes<sup>42</sup>.

El primer pronunciamiento se dio mediante la sentencia C-383 de 1999. En ella la Corte declara inconstitucional la norma que obligaba a que el valor del UPAC reflejara las tasas de interés en la economía, entre otras medidas. Por lo tanto y en cumplimiento del fallo, el Banco de la República expide una resolución que establece que los créditos pactados en UPAC se reliquidarían solo teniendo en cuenta la inflación.

39 MORA CUARTAS, ANDRÉS M. “El UPAC y la UVR: Aspectos general sobre el origen y desarrollo del crédito hipotecario en Colombia”, *Revista MBA EAFIT*, agosto 2010, pp. 12-27.

40 ECHEVERRY, JUAN CARLOS, ORLANDO GARCÍA y BEATRIZ URDINOLA. “Upac: Evolución y crisis de un modelo de desarrollo”, Departamento Nacional de Planeación, 22 de diciembre de 1999, en [[http://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/DEE/Archivos\\_Economia/128.PDF](http://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/DEE/Archivos_Economia/128.PDF)] (consultado el 26 de agosto de 2012).

41 Decreto Legislativo 2331 del 16 de noviembre de 1998.

42 Corte Constitucional, Sentencia C-136 de 1999.

El anterior pronunciamiento trajo ventajas y desventajas. Uno de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República se refiere así a las ventajas: “Al atarla a la inflación, evita sorpresas en tasa de interés reales; al prohibir la capitalización de intereses hipotecarios y regular los sistemas de amortización, evita sobresaltos en el servicio de la deuda futura; al aceptar pre-pagos, promueve la competencia (sujeto a que no se alterasen frecuentemente los plazos de financiación); al exigir un mínimo del 30% en cuota inicial evita esquemas insostenibles y posible anatocismo”; y a las desventajas, en los siguientes términos: “Redujo el acceso al crédito: por el lado de la demanda: A. Al requerirse más cuota inicial; B. Al prohibir la capitalización de intereses hipotecarios. Por el lado de la oferta: C. Al introducir el riesgo del pre-pago; D. Al extender los plazos, en un ambiente de incertidumbre (afecta titularización y el valor de la garantía); E. Al generar un descalce financiero entre el activo y el pasivo”<sup>43</sup>.

El efecto material de esta sentencia fue la reliquidación retrospectiva de todos los créditos contraídos durante la década de los años noventa<sup>44</sup>.

Un segundo pronunciamiento sucedió meses después del anterior. La sentencia C-700 de 1999 declaró inconstitucional el sistema UPAC; sin embargo, consciente del efecto económico de la de decisión, la Corte difirió los efectos de la sentencia, es decir que el sistema UPAC dejaría de funcionar el 20 de junio del año 2000, y reiteró la obligatoriedad del fallo anterior en los siguientes términos:

Cuarto.- Los efectos de esta Sentencia, en relación con la inejecución de las normas declaradas inconstitucionales, *se difieren hasta el 20 de junio del año 2000*, pero sin perjuicio de que, en forma inmediata, *se dé estricto, completo e inmediato cumplimiento a lo ordenado por esta Corte en Sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999*, sobre la fijación y liquidación de los factores que inciden en el cálculo y cobro de las unidades de poder adquisitivo constante UPAC, tal como lo dispone su parte motiva, que es inseparable de la resolutive y, por tanto obligatoria. (Resaltado fuera de texto).

Un tercer pronunciamiento del mismo año, sentencia C-747, declara inconstitucional y además prohíbe la capitalización de intereses para los créditos de vivienda a largo plazo exclusivamente.

Los tres fallos en conjunto son decisiones de orden macroeconómico, cuyos efectos en la economía eran difíciles de entender en la mitad de una crisis económica, y además la propia Corte, que había reconocido la autonomía en las decisiones de la Junta Directiva del Banco de la República, establecía

43 CLAVIJO, SERGIO. “Banco de la República”, 10 de 2004, [<http://banrep.org/documentos/presentaciones-discursos/pdf/corte0904.pdf>] (consultado el 10 de agosto de 2012).

44 PÉREZ SALAZAR. “Economía y fallo constitucionales”, cit.

directrices respecto de cómo debería ser la política en materia de crédito de largo plazo y en materia de tasas de interés.

Las medidas adoptadas tuvieron como consecuencia una reducción del crédito hipotecario, que pasó de un 12% del PIB a mediados de la década 1990 a un 5% diez años después (CLAVIJO, 2004).

Ahora bien, en conjunto, estas medidas afectan la economía de mercado, que es uno de los pilares de la Constitución de 1991, cuyo cuidado e intervención se deja en manos del poder legislativo<sup>45</sup>.

Si bien la situación ya era difícil, algunos autores sostienen que la intervención de la Corte agravó el problema:

Aunque era necesario corregir esa situación, la intervención de las autoridades judiciales fue más allá y cuestionó las bases legales mismas de un sistema que tenía cerca de 30 años de existencia. Ante la incertidumbre sobre las reglas del juego, un gran número de deudores incumplió sus obligaciones y, como era de esperarse, los bancos detuvieron el otorgamiento de nuevos créditos. En otras palabras, la crisis dejó de ser un fenómeno de naturaleza cíclica provocado por las fluctuaciones en las entradas de capitales (amplificado por algunos factores de política fácilmente corregibles), para convertirse en una crisis estructural que se prolongó innecesariamente, debido a decisiones judiciales que afectaron la confianza en la institucionalidad vigente<sup>46</sup>.

45 Constitución Política de 1991, artículo 150: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

13. Determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas.

[...]

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

a) Organizar el crédito público;

b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;

d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;

[...]

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas.

[...]

21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.

22. Expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva.

[...]”.

46 CÁRDENAS, MAURICIO y ALEJANDRO BADEL. “La crisis de financiamiento hipotecario en Colombia: Causas y consecuencias”, Banco Interamericano de Desarrollo BID. octubre de

Críticas como la anterior parecen apocalípticas, sin embargo, lo cierto es que la peor parte de la crisis fue durante 1999, y a partir del año 2000 el sector de la construcción volvió a crecer rápidamente. A continuación se presenta un gráfico elaborado por la Cámara Colombiana de la Construcción que muestra el comportamiento del sector:

... el Gráfico 2 presenta el ciclo del PIB de la construcción, medido como la desviación entre el nivel observado y la tendencia de largo plazo, para el período entre el primer trimestre de 1994 y el cuarto trimestre de 2007. Como puede verse en ese gráfico, la volatilidad del ciclo se ha acentuado durante el último período. Esta mayor volatilidad coincide con la intensificación de la relación del sector con el PIB total, que se debe, en parte, a la mayor dependencia de la economía colombiana a los flujos de capital (CÁRDENAS y HERNÁNDEZ, 2006)<sup>47</sup>.

GRÁFICO 2. CICLO DEL PIB DE LA CONSTRUCCIÓN EN COLOMBIA, 1994-2007

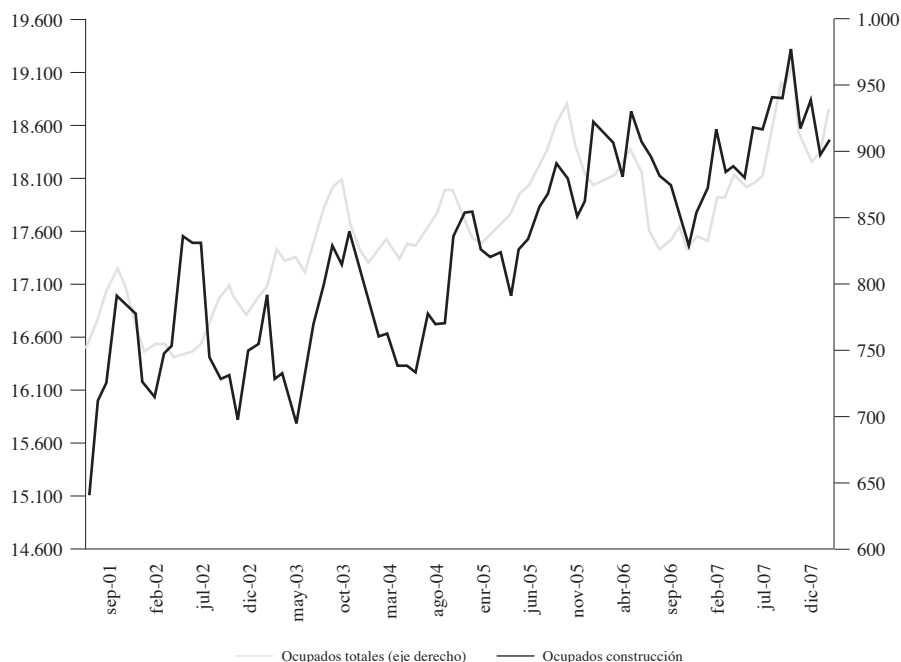


Fuente: Cálculo de los autores con base en datos del DANE.

2003, [<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35225767>] (consultado el 24 de agosto de 2012).

47 Departamento de Estudios Económicos de CAMACOL. “El sector de la construcción en Colombia: hechos estilizados y principales determinantes del nivel de actividad”, Camacol, agosto de 2008, [<http://camacol.co/informacion-economica/estudios-economicos>] (consultado el 7 de diciembre de 2012).

GRÁFICO 3. EVOLUCIÓN DE LOS OCUPADOS EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN, 2001-2008, MILES DE PERSONAS



Fuente: DANE.

Sin embargo, las decisiones adoptadas por la Corte deben ser vistas desde la óptica de un órgano que debe defender la existencia y velar por la realización del Estado Social de Derecho. Visto en retrospectiva, parece criticable que la Corte a través de sus sentencias desmonte un sistema que había funcionado por 30 años. Es más, si el ejecutivo o el legislativo hubieran tomado las medidas correctas para paliar la crítica situación del sistema financiero y de los deudores haciendo los cambios necesarios y ordenando una nueva fórmula para la reliquidación de los créditos, la intervención judicial habría sido innecesaria.

Pero la situación real era otra, seguía vigente un sistema que había funcionado bajo ciertas condiciones que ya estaban ausentes; y si bien era evidente la necesidad de un cambio en el sistema que permitiera honrar las obligaciones por parte de los deudores, también lo era que no hubo ninguna iniciativa para mermar la difícil situación de manera estructural; así las cosas, en 1998 se decreta la emergencia económica y se crea un impuesto para salvar la banca y subsidiar a los deudores hipotecarios, pero no se cambia la fórmula del UPAC.

Los cambios estructurales se logran mediante la Ley 546 de 1999, cuyos ponentes citaban la sentencia de la Corte, ya que en ella se encontraban las principales directrices para el nuevo modelo de financiación. De tal manera que

el cambio en la legislación fue producto del trabajo realizado por la Corte que había estudiado el tema a profundidad haciendo audiencias de tipo legislativo<sup>48</sup>.

En resumen, la falta de previsión por parte del poder ejecutivo al modificar el sistema de liquidación de los créditos otorgados en UPAC, aunado a la crisis económica de los años 1998 y 1999, con cifras altísimas de desempleo y miles de deudores a punto de perder sus viviendas, representaban una demanda alta de intervención estatal; la situación ameritaba que hubiera intervención en la economía por parte del poder legislativo y en última instancia, ante la urgencia, que el ejecutivo tomara medidas definitivas a través de un estado de excepción (emergencia económica); sin embargo, no hubo respuesta suficiente y la válvula de escape para encontrar el equilibrio fue acudir ante la Corte para proteger el derecho a la vivienda digna.

En este caso resulta evidente que la Corte se encuadra dentro del concepto de activismo judicial, que responde claramente a la crisis de los usuarios del sistema financiero que no tienen ninguna otra opción para defender sus intereses. También, por lo menos desde mi punto de vista, resulta claro que la declaratoria de inexequibilidad de las leyes estuvo determinada por la coyuntura económica y social del momento; de este modo es casi apreciable que la decisión tuvo un alto contenido político y, ante la ausencia de las otras ramas del poder público, pretendió subrogarlas en sus funciones. Lo anterior, a primera vista, parece una intromisión que desborda las competencias otorgadas a la Corte; sin embargo, la presencia de un elemento que impide el acceso a un derecho como el de la vivienda digna merece un estudio de la realidad y del problema para abrirle el camino al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho tomando las medidas para eliminar los obstáculos para el alcance del derecho.

La demanda, en este caso estaba conformada por los deudores de créditos hipotecarios, se refería a la necesidad de un producto de dicho mercado, es decir, una ley o política pública que corrigiera la situación, situación que si bien fue causada por la suma de varios ingredientes, no eximía de una respuesta por parte de los productores de dichos bienes. Ante el silencio de las ramas legislativa y ejecutiva se llega así a la intervención judicial que toma las medidas inmediatas necesarias para paliar en alguna medida la situación, y además logra que el poder legislativo y el ejecutivo se ocupen del problema dentro de un plazo razonable, verificando también que sus actuaciones sean consecuentes con las necesidades de los miembros que conforman la demanda del mercado.

48 LANDAU, DAVID. "Instituciones políticas y función judicial en Derecho Constitucional comparado", *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, 13, n° 24 (2011), p. 60.



En este orden de ideas, la Corte acerca al punto de equilibrio la producción de las leyes y políticas públicas, con un costo más bajo para los deudores que acudir al poder legislativo en busca de dichos bienes.

El resultado, como ya se había dicho, fue la expedición de la Ley 546 de 1999, que recogía los criterios trazados por la Corte, de tal manera que la intervención del tribunal de constitucionalidad logró mover el sistema político hacia el punto de equilibrio de dos maneras diferentes: en primer lugar, con las decisiones que tomó en sus sentencias, y en segundo lugar, provocando la acción, tanto del poder ejecutivo como del poder legislativo, para afrontar la difícil situación y expedir las normas que crearon un nuevo sistema de financiación apto para permitir el acceso a la vivienda digna.

### *B. El caso de los recicladores artesanales de la ciudad de Bogotá: políticas públicas y decisiones administrativas*

#### *La acción de tutela*

El segundo caso de activismo judicial analizado es el resultado de una acción de tutela. Esta acción es una de las novedades más importantes que trajo consigo la Constitución de 1991, y tiene como objeto permitir que los ciudadanos acudan a la administración de justicia con el fin de proteger sus derechos fundamentales y obtener una respuesta pronta al problema planteado sin dificultad.

Es una acción poderosa en manos de los ciudadanos y desde el AED se puede observar que tiene todos los incentivos para ser usada de manera masiva. En este orden de ideas, los ciudadanos, como maximizadores racionales, tienen a la mano una herramienta eficaz, ya que logra resultados definitivos en un corto tiempo; por lo tanto, se ha generalizado la conducta de intentar resolver mediante acción de tutela cualquier conflicto que afecte sus intereses individuales como primer recurso.

También es importante resaltar que los jueces, por el hecho de estar respaldados por el ordenamiento jurídico, maximizan los criterios de justicia y equidad para plasmarlos en sus sentencias y brindar la protección solicitada de manera generosa.

Por otra parte, si bien es cierto que en Colombia no existe formalmente un sistema de precedentes, también lo es que la jurisprudencia constitucional se ha convertido en una fuente del derecho para resolver los problemas de derechos fundamentales. Este hecho genera la necesidad de que la Corte en sus sentencias fije criterios claros sobre la materia, donde se definan los alcances y límites de los derechos y las obligaciones para la efectiva protección de los mismos.

Otro aspecto tiene que ver con el prestigio que los jueces han ganado producto de las sentencias de tutela que se han caracterizado por proteger los derechos de manera eficaz. Ya COOTER en 1983 hablaba del prestigio que los

jueces estadounidenses ganaban por medio de sus fallos, necesario para llegar a la Corte Suprema u obtener confirmaciones necesarias durante las elecciones de jueces, y Posner siguió esta misma línea en 1995; pese a la diferencia en el modelo de administración de justicia, es importante percibir que el prestigio y la reputación hacen parte de la función de utilidad que maximizan los jueces<sup>49</sup>.

La importancia de este prestigio se ve aumentada por la difusión mediática que tienen las decisiones de este tribunal en Colombia, cuyas soluciones tienen impacto en amplios sectores de la población. Un ejemplo curioso de esto se presentó con la protección de la Corte al derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuando se refirió a la prohibición de llevar el pelo largo para los varones en los colegios y sostuvo que dicha prohibición violaba este derecho; dicha decisión tuvo amplia difusión hasta provocar una ola de acciones sobre la materia a lo largo y ancho del país.

### *El caso*

El periódico *El Espectador* anunciaba en su edición del 25 de abril de 2012: “Corte aprueba nuevo plan de recolección de basuras en Bogotá”<sup>50</sup>. Para contextualizar esta noticia es necesario explicar la naturaleza de prestación del servicio público, y además remontarse al año 2003, cuando un grupo de recicladores interpuso una acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la actuación de buena fe.

En primer lugar, es posible establecer que la prestación del servicio público de recolección y disposición de basuras presenta algunas características especiales que vale la pena resaltar: 1. Es un bien público, es decir no presenta rivalidad y no es posible excluir de la prestación a quien no pague por dicho servicio; 2. No requiere de una red o infraestructura como cables, ductos, centros de generación o transmisión, excepto por el sitio de disposición final, es decir, es un monopolio natural débil<sup>51</sup>.

Dada la naturaleza del servicio y de la forma de prestación, es decir, a través de redes humanas, facilita que se pueda hacer una división geográfica para que una o varias empresas privadas o públicas presten el servicio. Esta división se conoce como Áreas de Servicio Exclusivo, en las cuales solo el adjudicatario puede recolectar las basuras de esa zona, esto con el fin de que no haya concomitancia de prestadores del servicio en los mismos lugares, siendo esta distribución más eficiente que si se deja al libre arbitrio de los empresarios.

49 Cfr. CABRILLO. “Un análisis económico de la Administración de Justicia”, cit., p. 5.

50 El Espectador. “ElEspectador.com.”, 25 de 04 de 2012, [<http://www.elspectador.com/noticias/judicial/articulo-341498-corte-aprueba-nuevo-plan-de-recoleccion-de-basuras-bogota>] (consultado el 10 de agosto de 2012).

51 AMADOR CABRA, LUIS EDUARDO. *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Existen otros modelos para la prestación del servicio, sin embargo, la anterior es la forma en que se presta el servicio de recolección de basuras de Bogotá, haciendo uso de la figura establecida en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

Asociada a este servicio se encuentra la actividad del reciclaje manual, que consiste en el aprovechamiento (recolección y venta) del material reciclable que los usuarios finales han dispuesto como basura. Esta actividad no ha sido organizada, de tal manera que los recicladores manuales pueden aprovechar los residuos de cualquier parte de la ciudad y no responden a divisiones geográficas, como sí la recolección de basuras. Respecto de la actividad podemos decir que no requiere ningún tipo de inversión y es independiente, no se necesita cualificación y los recursos que produce la actividad son inmediatos. La población que participa de dicha actividad es una población en condiciones de vulnerabilidad social y económica.

Sin embargo, la población recicladora ha tratado de organizar su actividad y participar del negocio, para ello se han creado asociaciones que buscan proteger los intereses como colectivo e intentan formalizar su labor.

Sobre las condiciones de las personas que desempeñan esta labor es importante señalar que en el año 2003 se estimaba que en la ciudad de Bogotá existían 18.506 personas dedicadas a la actividad del reciclaje, de las cuales 8.479 trabajaban directamente en las calles en el proceso de recolección, siendo las restantes familiares de las anteriores y personas dependientes de dicha actividad. Es decir, de la cifra en mención están excluidos los empleados de bodegas y centros de acopio, estimados en 3.170.

El 33% de las personas que trabajaban en el proceso de recolección estaban en un rango de edad comprendido entre los 5 y los 17 años, es decir, un porcentaje significativo de esta población eran niños.

El 17.3% de la población era analfabeta y el 52.8% (la mayoría) llegaron a tener acceso solo a educación primaria.

Los hombres jefes de hogar son el 73,5% y mujeres el 26,5%, de este porcentaje, el 80,9% de las mujeres no tienen cónyuge, lo que muestra una marcada presencia de las mujeres cabeza de hogar dedicadas al reciclaje y por lo tanto responsables de la economía familiar. Por otra parte se encontró la existencia de 392 jefes de hogar hombres sin cónyuge y de los que dependen 306 hijos que corresponde a 0,78 hijos por padre, no obstante, existen 546 jefes de hogar mujeres sin cónyuge con 1.476 hijos que dependen de ellas, aproximadamente 2,70 hijos por mujer cabeza de hogar<sup>52</sup>.

Los datos anteriores, como ya se había mencionado, corresponden al censo realizado en el año 2003; sin embargo, en el año 2011 un estudio realizado

52 CORREDOR, MARTHA. “Sector reciclaje en Bogotá y su región: Oportunidades para los negocios inclusivos”, Bogotá, Fundes Colombia, 2010.

sobre una muestra de 550 recicladores agremiados en ARB (Asociación de Recicladores de Bogotá) permitió dar una mirada más actual al perfil socioeconómico de dicha población.

El estudio mostró que el 28% de dicha población era analfabeta, un 58% hombres y 42% mujeres; por otra parte, resulta interesante que el 76% son jefes de hogar, y que del 24% que respondió a la encuesta no ser jefe de hogar, resultó que el parentesco con el jefe del hogar es en el 67% de cónyuges, seguido de un 20% de hijos, lo cual revela que no son solo los jefes de hogar los que se dedican al reciclaje artesanal, sino que es una actividad familiar<sup>53</sup>.

Respecto de los ingresos, el mismo estudio anterior arrojó que “para Bogotá el ingreso mensual de un reciclador está entre el rango de \$171.273 percibido por el 30,12% de los recicladores, \$510.401 percibido por el 55,19% de los recicladores y \$680.382 percibido por el 14,49% de los recicladores”<sup>54</sup>.

A la situación de desventajas sociales es necesario agregar que el modelo económico para la prestación del servicio incentiva a los operadores del servicio de recolección, transporte y disposición final a no promover la actividad de los recicladores artesanales, ya que las empresas obtienen beneficios por cada tonelada depositada en el relleno.

Después de mostrar de manera apresurada algunos datos sobre las condiciones económicas y sociales de la población recicladora, es posible retomar la presentación del caso concreto. Como antecedente de la acción de tutela podemos mencionar que los contratos de concesión sobre el servicio de recolección domiciliaria de basuras, barrido y limpieza en vías y áreas públicas, y transporte hasta el lugar de disposición final, contratos que estuvieron vigentes hasta el año 2003, fueron firmados en 1994.

Para adjudicar el servicio, después del vencimiento de los contratos, en diciembre de 2002, el Distrito Capital ordenó la apertura del proceso de licitación, sin embargo, los recicladores alegaron que en las condiciones de la licitación “se establecen requisitos de experiencia, capital, conocimiento y manejo de tiempo que prácticamente sólo los actuales operadores podrían cumplir”, además de no contemplar acciones afirmativas que permitan la participación preferencial de los recicladores de Bogotá<sup>55</sup>.

Sobre lo anterior es importante resaltar que, dado que la población que se dedica al reciclaje está en condiciones de vulnerabilidad, se hace indispensable la implementación de acciones afirmativas que permitan mejorar la calidad de vida de las personas interesadas. En este orden de ideas, la licitación cuyas condiciones no pueden ser alcanzadas por las organizaciones que asocian a los recicladores violaría los derechos fundamentales de dicha población.

53 Aluna Consultores Limitada. “Estudio nacional del reciclaje y de los recicladores. Perfil social del reciclador asociado a ARB”, 2011; y Aluna Consultores Limitada. “Estudio Nacional del Reciclaje y los Recicladores. Historia del Reciclaje y los Recicladores en Colombia”, 2011.

54 Ob. cit.

55 Corte Constitucional. Sentencia T-724 de 2003.

La sentencia de tutela accede a las pretensiones de los accionantes, pero como el daño (negación del derecho) ya estaba consumado se entendió que había un hecho superado, y en esa medida no se podía reparar mediante tutela para esta vez. Sin embargo, en la parte resolutive de la sentencia se dijo:

Tercero.- Prevenir en los términos del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá o a la entidad del Distrito que haga sus veces, *para que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada con dicho servicio, a fin de lograr condiciones reales de igualdad y de dar cumplimiento a los deberes sociales del Estado*, y que por ningún motivo vuelva a reincidir en las omisiones en que incurrió en la Licitación n.º 01 de 2002, respecto de los recicladores de Bogotá. (Resaltado fuera de texto).

Lo anterior es una descripción del panorama que se presentó en el año 2003, cuando se instó a la Administración a generar una política inclusiva de los recicladores. Hasta aquí considero que no hay una intromisión significativa en las decisiones de carácter administrativo, sin embargo, lo interesante es ver las consecuencias y el alcance que la Corte le da a dicha sentencia ocho años después.

### *Las soluciones de la Corte*

La parte resolutive de la sentencia del año 2003 no toma ninguna medida concreta de carácter administrativo, solo incorpora un criterio de cumplimiento de los principios de Estado Social de Derecho, y sin bien se ordena la implementación de una acción afirmativa para la siguiente oportunidad que se vaya a conceder la prestación del servicio público, se otorga plena libertad a la Administración para lograr la inclusión de dicha población. Es decir, los recicladores acuden ante la jurisdicción constitucional en búsqueda de ser incluidos en el negocio y la respuesta es negativa, ya que se entendió que el proceso administrativo era completamente válido, y que era un hecho superado.

En el año 2010 se inició un nuevo proceso licitatorio para contratar el servicio y, sin bien la Administración había tomado algunas acciones afirmativas a favor de los recicladores, estas no satisficieron las demandas de los recicladores ni las expectativas de la Corte y por lo tanto la representante de la asociación de recicladores pidió el cumplimiento del fallo de 2003.

Vale la pena resaltar que producto de las órdenes impartidas en el año 2003, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos adelantó reuniones con el gremio de recicladores y como resultado de las mismas se tomaron medidas como eliminar la exclusividad sobre el material reciclable de las Áreas de Servicio Exclusivo, de tal manera que los recicladores pudieran

continuar con sus actividades como las venían desempeñando; en ese mismo sentido, se establecieron unas “rutas de reciclaje”, que la licitación del año 2011 reserva para los recicladores de oficio, con el compromiso, por parte de la entidad, de no reubicar a los recicladores para que así pudieran continuar en sus rutas habituales.

También se implementó el “Fondo de Reciclaje”, que funcionaría del siguiente modo: aquellas toneladas que fueran objeto de aprovechamiento serían remuneradas a la tarifa de disposición final que se reconoce al operador del relleno sanitario “Doña Juana”, tarifa resultante de aplicar la resolución CRA 351 de 2005. Así las cosas, el pliego de condiciones preveía que las 1.200 toneladas promedio diario que se aprovechan en Bogotá fueran remuneradas a la tarifa de disposición final pagada al operador de “Doña Juana”, cuyo valor asciende a aproximadamente \$13.972,15. De ese valor, el 50% sería destinado a un Fondo de Reciclaje para beneficio de la población recicladora en condiciones de vulnerabilidad, es decir, \$3.017.984.400 anuales, y el 50% restante sería devuelto a los usuarios como un incentivo al reciclaje. Teniendo en cuenta que las 1.200 toneladas diarias objeto de aprovechamiento serían vendidas por los recicladores en bodegas y locales de comercialización, si se supone un valor promedio por tonelada de \$380.000, los recicladores recibirían un valor anual de \$164.160.000.000.

El Fondo de Reciclaje tiene como propósito beneficiar la actividad del reciclaje, así como a la población recicladora de oficio. En términos generales, el objetivo del Fondo será impulsar el mejoramiento y optimización de los procesos de reciclaje, especialmente en aspectos fundamentales como la educación ciudadana en separación en la fuente de residuos sólidos, y la inclusión social de recicladores, buscando además mejorar las condiciones de vida de los mismos a través del desarrollo de procesos de asociatividad, fortalecimiento organizativo y empresarial, y erradicación del trabajo infantil, entre otros.

Aunado a lo anterior, la entidad distrital encontró, con el consentimiento de los representantes de los recicladores, una manera de permitirles tener una participación accionaria dentro del negocio de las basuras, privilegiando a las empresas que mayor participación de asociaciones de reciclaje tuvieran en el puntaje para la adjudicación de los contratos.

Es notorio que no hubo una inactividad por parte de la administración distrital, y sin embargo para la Corte fueron insuficientes las medidas tomadas, por lo que accedió a las pretensiones del gremio de los recicladores.

La primera decisión de la Corte para lograr el cumplimiento consiste en suspender el proceso licitatorio; además se solicita a la entidad pública que remita copia del pliego de condiciones para que la Corte pueda verificar si se incumplió o no con las órdenes impartidas en el año 2003<sup>[56]</sup>.

56 Corte Constitucional, Auto 091 de 2010.

Dos meses después de la suspensión de la licitación, la Corte declara el incumplimiento de las órdenes impartidas años atrás y dispone que se haga una nueva adenda al pliego de condiciones con el fin de incluir a las asociaciones de recicladores de segundo nivel como posibles contratistas. También explica que la fórmula matemática para definir el ganador de la licitación debe incluir necesariamente los criterios que la Corte ha incluido en esta providencia<sup>57</sup>.

En diciembre de 2011 la Corte declara otra vez el incumplimiento de las providencias a las que hemos hecho referencia y profiere un auto que cabe dentro del concepto de activismo judicial propuesto en la primera parte de este escrito. Las principales órdenes que imparte la Corte son: declarar el incumplimiento de las providencias anteriores, dejar sin efecto la Licitación Pública n.º 001 de 2011, así como todos los actos administrativos dictados con ocasión de dicho proceso; adicional a la decisión de echar abajo el proceso adelantado, ordena que se “defina un esquema de metas a cumplir en el corto plazo con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores, que contenga acciones concretas, cualificadas, medibles y verificables, el cual debe ser entregado a la Corte Constitucional, así como a la Procuraduría General de la Nación a más tardar el 31 de marzo del año 2012. Dicho Plan deberá definirse a partir de las órdenes previstas en los numerales 109 a 118 de esta providencia”<sup>58</sup>.

Por otra parte, ordena a la Procuraduría General de la Nación adelantar un seguimiento trimestral cuyo resultado debe ser reportado a la Corte.

La decisión de dejar sin efecto la licitación puso en riesgo la prestación del servicio público ya que los contratos que estaban vigentes durante el proceso terminaron y no era posible prorrogarlos, haciéndose necesario adelantar contratación de emergencia para garantizar la continuidad en la prestación del servicio. Lo anterior, con la ironía de que una de las primeras órdenes impartidas por la providencia antes mencionada fue precisamente normalizar la contratación alterada por la suspensión del proceso. Consecuencias como la anterior comportan un incremento de los costos en la prestación del servicio, siendo ineficiente desde el punto de vista económico hacer contratación de emergencia.

Otro efecto criticable es que cambiar los requisitos habilitantes para participar en el proceso licitatorio es una medida que puede contradecir los criterios más eficientes para la elección del prestador del servicio, y del mismo modo, el cambio en la fórmula matemática para determinar la mejor propuesta no se compadece necesariamente con criterios técnicos.

Sin embargo, la mera resolución de conflictos no es suficiente para satisfacer las necesidades de justicia y equidad de la población, y en esa medida se hace

57 Corte Constitucional, Auto 268 de 2010.

58 Corte Constitucional, Auto 275 de 2011.



indispensable que la Corte Constitucional equilibre el mercado, acercando la oferta de políticas públicas y de leyes al punto óptimo.

Este caso es especialmente interesante para el análisis que propongo, en el sentido de demostrar que el activismo judicial viene de la ausencia de políticas públicas y no de un comportamiento exacerbado con fines políticos de los miembros de la Corte. Ahora bien, es importante contrastar esta afirmación con el hecho de que la entidad competente ya había tomado algunas medidas en el sentido demarcado por la sentencia del año 2003, que no fueron suficientes a criterio de la Corte. Lo anterior permite ver cómo la Corte ha participado activamente en la labor de otras ramas del poder público, sometiendo sus decisiones políticas a escrutinio judicial.

Para finalizar, la Corte en abril de 2012 dio vía libre para continuar con el proceso licitatorio destinado a adjudicar la prestación del servicio, después de que las condiciones para contratar fueron alcanzables por las asociaciones de recicladores.

Así pues, la Corte protegió los intereses de la población de recicladores artesanales de Bogotá.

En este caso se repiten, en alguna medida, los criterios del caso anterior. La Corte se enfrenta a una posible violación masiva de derechos fundamentales y toma una serie de medidas generales que afectan a la Administración. Los afectados buscan solucionar una situación por vía judicial, que en principio y dada la naturaleza del conflicto debería ser resuelta o por lo menos estudiada por un organismo de carácter político, y encuentran dichas soluciones en la intervención judicial. En ese mismo sentido, es importante hacer notar que las decisiones judiciales son predecibles para los afectados, es decir, se acude ante el juez sabiendo qué clase de respuesta va a dar como solución al caso planteado, mientras que acudir al sistema político puede resultar en una respuesta insuficiente o no deseada, o simplemente en un silencio que no mejora la situación de los afectados.

## REFLEXIÓN FINAL

Sobre los casos considerados es importante resaltar algunas diferencias sustanciales. En primer lugar, los demandantes del primer caso tenían una exposición mediática que ayudaba en alguna medida a dar visibilidad a sus dificultades; por el contrario la población dedicada al reciclaje manual es una población flotante cuyos intereses no están incluidos dentro de la agenda política y si bien el tema de manejo de basuras fue objeto de noticias, los derechos de la población recicladora definitivamente no ocupaban el centro de atención de los medios de comunicación. Otra diferencia importante es la naturaleza del derecho del que se está hablando, para la protección del derecho a la vivienda digna era necesario crear unas condiciones para acceder al crédito y que de esa manera las familias pudieran lograr tener una vivienda; mientras que para

proteger los derechos de la población desplazada era imperioso que hubiera una actividad enérgica para lograr satisfacer los derechos de dicha población, por ejemplo el hecho de fijar precios para el material recogido, hasta llegar a cambiar una fórmula matemática para hallar al ganador de la licitación de la prestación del servicio de aseo, son medidas concretas para la administración. Para terminar, es de destacar que el primer caso era un problema nacional, que implicaba los intereses de los bancos, de los ahorradores y de los deudores, que además tenía hondas repercusiones sobre el mercado de la construcción y por lo tanto en el empleo del país; mientras que el caso de los recicladores artesanales se trata de un caso que solo atañe a la ciudad de Bogotá con una población en estado de vulnerabilidad económica y social, que no estaba organizada, cuyas pretensiones eran a su vez difusas.

Como consecuencia de las diferencias expuestas, la Corte decidió de manera diferente ambas situaciones, en el primer caso la Corte conduce la situación hasta llegar a la promulgación de una ley que crea un nuevo sistema de financiación, es decir, se toman las medidas necesarias hasta llegar a mover el sistema político del país; mientras que en el segundo caso la Corte resuelve de manera directa los problemas que planteaba la licitación y exhorta a la administración para que tome medidas concretas que permitan realizar los derechos de los recicladores, una vez que las decisiones administrativas se tornaron insuficientes llega a tomar medidas de orden administrativo, como proponer cambiar una fórmula matemática o la suspensión del proceso de licitación.

Los dos casos muestran como la corte ha tomado decisiones que pueden ser calificadas como activistas y las diferentes formas en que puede manifestarse el fenómeno que venimos estudiando.

Colombia ha adoptado un modelo de control de constitucionalidad y de protección de los derechos fundamentales que aunado a la situación de desprotección de derechos crea incentivos para la existencia de jueces activistas, jueces que buscan la realización de los derechos fundamentales y del Estado Social de Derecho. En Colombia el activismo ha sido protagonizado por la Corte Constitucional que ha dado respuestas a muchos casos donde el debate legislativo no llega, sin olvidar que otras altas cortes también han tomado decisiones activistas.

Por otra parte, se ha encontrado que el comportamiento de los jueces activistas está justificado desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, el déficit de protección de los derechos y la imposibilidad de acceder al sistema político favorecen la demanda de decisiones que llenen los vacíos de las otras ramas del poder público.

Respecto de la acción pública de inconstitucionalidad, vale decir que se ha utilizado para proteger intereses individuales por parte de los ciudadanos, pero esto no es suficiente para afirmar que se ha desnaturalizado o que hay un abuso de la acción. Por el contrario, se ha convertido en una fórmula para

lograr cambios legales que permitan la realización del Estado Social de Derecho y un orden legal justo tal y como se lo ha propuesto la Constitución.

A su vez, la acción de tutela es la herramienta más eficaz para la protección de los derechos fundamentales, su regulación tanto constitucional como legal permiten que exista el activismo de los jueces en sus decisiones. Es más, los poderes que tiene el juez para dar cabal cumplimiento a sus órdenes parecen incentivar al activismo y su lectura puede verse en función de los deberes constitucionales de los jueces.

También es perceptible que hay decisiones que los jueces deben dejar en manos de los poderes a quienes corresponde, el activismo judicial supone riesgos como se vio en el caso del UPAC de afectar el funcionamiento de la economía o en el segundo caso donde se puso en riesgo la prestación del servicio público por la suspensión del proceso licitatorio. De tal manera que una respuesta del sistema de administración de justicia deberá atender a la realidad y a las posibilidades de cumplimiento de las otras ramas, y además permitir un margen de maniobra a los representantes de dichas ramas; no obstante lo anterior, no es posible olvidar que la protección de los derechos debe ser la prioridad de la actividad judicial.

Para abordar el tema del activismo es necesario ver muchas aristas, en este trabajo solo se pretende dar una explicación desde el punto de vista económico a la existencia del fenómeno, dejando por fuera otras inquietudes como la separación de poderes, la protección de la seguridad jurídica o la legitimidad democrática de las decisiones judiciales, temas que pueden dar lugar a otras disertaciones para ahondar en la materia.

Para finalizar, el activismo judicial ha cambiado la cultura jurídica del país, la transformación material del sistema de fuentes es evidente, además se ha convertido en un motor del debate político como se vio en el caso del UPAC, donde la Corte fue el impulsor del debate político dentro del congreso para remediar una situación que afectaba a miles de familias colombianas.

En este mismo sentido, la necesidad de políticas públicas adecuadas para la población se pone de presente cada vez que es necesaria una intervención judicial para la protección de colectivos de personas. Sin embargo, someter a escrutinio judicial decisiones que son de corte político o administrativo es un desafío mayor, sobre el cual se debe tener especial cautela con el fin de conservar la independencia de las ramas del poder público y preservar la seguridad jurídica de las decisiones que toma la administración; en ese mismo sentido, permitir que los principios de planeación y eficiencia operen dentro de las entidades administrativas es una forma de cumplir con los mandatos constitucionales y legales.

Para finalizar, el activismo judicial de la Corte se ha convertido en uno de los rotores que impulsan la consolidación del Estado Social de Derecho y la protección de los derechos fundamentales como fines que se propuso la Constitución de 1991, sin embargo es importante no perder de vista que tam-

bién existe activismo judicial conservador y que las fuerzas políticas cada día encuentran más atractivo llegar a ocupar la magistratura con políticos y alfiles de sus intereses, de tal manera que hoy es indiscutible la necesidad de preservar la independencia de los jueces constitucionales y proteger la institución de las ideas peligrosas, retardatarias y antidemocráticas que asedian hoy a la Corte Constitucional.

## REFERENCIAS

- ACNUR. [<http://www.acnur.org/t3/operaciones/situacion-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/>] (consultado el 24 de Agosto de 2012).
- Aluna Consultores Limitada. “Estudio Nacional del Reciclaje y de los Recicladores. Perfil Social del Reciclador Asociado a ARB”, 2011.
- AMADOR CABRA, LUIS EDUARDO. *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- BOLICK, CLINT. “Viva el activismo judicial”, *Gaceta de los Negocios*, mayo de 2007.
- CABRILLO, FRANCISCO. “Un análisis económico de la Administración de Justicia: ¿Qué maximizan los jueces?”, en *Derecho y economía*, Universidad San Martín de Porres, 2011.
- CÁRDENAS, MAURICIO y ALEJANDRO BADEL. “La crisis de financiamiento hipotecario en Colombia: Causas y consecuencias”, Banco Interamericano de Desarrollo BID, octubre de 2003, [<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35225767>] (consultado el 24 de agosto de 2012).
- CLAVIJO, SERGIO. “Banco de la República”, 10 de 2004, [<http://banrep.org/documentos/presentaciones-disursos/pdf/corte0904.pdf>] (consultado el 10 de agosto de 2012).
- COOTER, ROBERT D. “La mejores leyes correctas: Fundamentos axiológicos del análisis económico del derecho”, en *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*, ANDRÉS ROOMER (ed.), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002.
- COOTER, ROBERT y THOMAS ULEN. *Derecho y Economía*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002.
- CORREDOR, MARTHA. *Secto reciclaje en Bogotá y su región: Oportunidades para los negocios inclusivos*, Bogotá, Fundes Colombia, 2010.
- Departamento de Estudios Económicos de CAMACOL. “El sector de la construcción en Colombia: hechos estilizados y principales determinantes del nivel de actividad”, Camacol, agosto de 2008, [<http://camacol.co/informacion-economica/estudios-economicos>] (consultado el 7 de diciembre de 2012).
- EASTON, DAVID. “Categorías para el análisis sistémico de la política”, en *Diez textos básicos en ciencia política*, ALBERT BATLLE (ed.), Barcelona, Ariel, 1992.
- ECHEVERRY, JUAN CARLOS, ORLANDO GARCÍA y BEATRIZ URDINOLA. “Departamento Nacional de Planeación”, Departamento Nacional de Planeación, 22 de diciembre de 1999,

[[http://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/DEE/Archivos\\_Economia/128.pdf](http://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/DEE/Archivos_Economia/128.pdf)] (consultado el 26 de agosto de 2012).

El Espectador. “ElEspectador.com.”, 25 de 04 de 2012, [<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-341498-corte-aprueba-nuevo-plan-de-recoleccion-de-basuras-bogota>] (consultado el 10 de agosto de 2012).

FAJARDO, LUIS EDUARDO y JUAN CARLOS GUATAQUÍ. “La Corte Constitucional y la flexibilidad del mercado laboral”, *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, 2, n° 3, julio-diciembre de 2000, pp. 80-103.

GREEN, CRAIG. “An Intellectual history of Judicial Activism”, *Emory Law Journal* 58, n° 5 (2009), p. 1208.

HIGHTON, ELENA I. “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. 1, ARMIN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y MARIELA MORALES ANTONIAZZI, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.

HODGSON, GEOFFREY y SHUXIA JIANG. “La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: Una perspectiva institucionalista”, *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, 10, n° 18, enero-junio de 2008.

JULIO ESTRADA, ALEXEI. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la constitución colombiana de 1991*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

KRUGMAN, PAUL. *Fundamentos de Economía*, Barcelona, Reverté, 2008.

LANDAU, DAVID. “Instituciones políticas y función judicial en Derecho Constitucional comparado”, *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, 13, n° 24 (2011), p. 60.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *Constitución y vivienda. Estudio sobre la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en los sistemas UPAC y UVR*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.

MORA CUARTAS, ANDRÉS M. “El UPAC y la UVR: Aspectos general sobre el origen y desarrollo del crédito hipotecario en Colombia”, *Revista MBA EAFIT*, agosto de 2010, pp. 12-27.

PINZÓN CAMARGO, MARIO ANDRÉS. *La figura del Plan Nacional de Desarrollo: una interpretación desde el movimiento de derecho y desarrollo, y el Análisis de Políticas Públicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

PISARELLO, GERARDO. “Reseña bibliográfica de el libro ‘El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos’ de Javier Dorado Porras”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 2 (2000).

POSNER, RICHARD A. *El Análisis Económico del Derecho*, trad. EDUARDO L. SUÁREZ, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000.

ROBERT S., PINDYCK y DANIEL L. RUBINFELD. *Microeconomía*, Madrid, Pearson Hall, 2001.

PÉREZ SALAZAR, MAURICIO. “Economía y fallo constitucionales: la experiencia colombiana”, en *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Transparency Internacional, [<http://www.transparency.org/>], 2012. [<http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/>] (consultado el 22 de agosto de 2012).

TROPER, MICHEL. “Kelsen y el control de constitucionalidad”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n° 4 (1995), pp. 307-332.